رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

النجم الوهاج

في شرح المنهاج

للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي
كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري
رحمه الله تعالى
(٧٤٢ - ٨٠٨هـ)

المجلد الخامس

الشركة - الوكالة - الإقرار - العارية
الغصب - الشفعة - القراض - المساقاة
الإجارة - إحياء الموات - الوقف - الهبة

دار المنهاج



النجم الوهاج
في شرح المنهاج

بسم الله الرحمن الرحيم

النجم الوهاج

في شرح المنهاج

للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي
كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري
رحمه الله تعالى
(٧٤٢ - ٨٠٨ هـ)

المجلد الخامس

الشركة - الوكالة - الإقرار - العارية
الغصب - الشفعة - القراض - المساقاة
الإجارة - إحياء الموات - الوقف - الهبة

دار المنهاج

رفع

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

الطبعة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كتاب الشركة

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كِتَابُ ٱلشِّرْكَةِ

....

كتاب الشركة

أفصح لغاتها : كسر الشين وإسكان الراء .

والثانية : فتح الشين وكسر الراء .

والثالثة : فتح الشين وسكون الراء .

وهي في اللغة : الاختلاط والامتزاج .

وفي الشرع : ثبوت الحق في الشيء الواحد لاثنين فصاعداً علىٰ جهة الشيوع .

ومقصود الباب الشركة التي تحدث بالاختيار لقصد التصرف وتحصيل الأرباح ، وليست عقداً مستقلاً ، بل هي في الحقيقة وكالة وتوكيل .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ ﴾ وبالضرورة كانوا مشتركين إما في عينها ملكاً ، أو في منفعتها إجارة أو إعارة .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾ .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « يقول الله تبارك وتعالىٰ : أنا ثالث الشريكين[(١)] ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه . . خرجت من بينهما » أي : تنزع البركة من مالهما . رواه أبو داوود [٣٣٧٦] والحاكم [٢/٥٢] وقال : صحيح الإسناد .

وروى البخاري [٢٤٩٨] وأحمد [٣/٤٢٥] : أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم رضي الله عنهما كانا شريكين ، وكان السائب بن أبي السائب رضي الله عنه ـ فيما قيل ـ شريكاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم قبل المبعث ، وافتخر بعد البعثة بشركته فقال : (كان عليه الصلاة والسلام شريكي ، نعم شريك لا يداري ولا يماري ولا يشاري) .

---

(١) في هامش (ك) : (ومعنىٰ « أنا ثالث الشريكين » : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، فأمدهما بالمعونة في أموالهما وإنزال البركة في تجارتهما) .

هِيَ أَنْوَاعٌ : شِرْكَةُ ٱلأَبْدَانِ كَشِرْكَةِ ٱلْحَمَّالِينَ وَسَائِرِ ٱلْمُحْتَرِفَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِياً أَوْ مُتَفَاوِتاً مَعَ ٱتِّفَاقِ ٱلصَّنْعَةِ أَوِ ٱخْتِلَافِهَا . وَشِرْكَةُ ٱلْمُفَاوَضَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ . . . .

و(المشاراة) : الملاحاة واللجاج في الأمر ، وأجمعت الأمة علىٰ جوازها .

قال : (هي أنواع) أي : أربعة ، وهـٰذا التقسيم لمطلق الشركة لا للشركة الصحيحة .

قال : (**شركة الأبدان كشركة الحمالين وسائر المحترفة ؛ ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً ، مع اتفاق الصنعة أو اختلافها**) كخياط ونجار وهي باطلة ؛ لأنها نوع من القمار ، ولأن كل واحد منهما متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا في الاصطياد والاحتطاب . . فإن الأئمة اتفقوا على امتناع ذلك ، وجوزها أبو حنيفة مطلقاً ، وحكاه صاحب « التقريب » وجهاً شاذاً .

وقال مالك : تجوز بشرط اتحاد الصنعة .

وعن أحمد روايتان كالمذهبين .

واحتج المجوزون بما روىٰ أبو داوود [٣٣٨١] عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : (اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر ، فجاء سعد بأسيرين ولم أجىء أنا وعمار بشيء) .

وجوابه : أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه شيئاً ، وفي معناه إشكال ؛ لأن الغنيمة للغانمين وهم في بدر كلهم سواء ، وإن كانت للنبي صلى الله عليه وسلم . . فهو يعطيها لمن شاء ، فلا دليل علىٰ صحتها ، وإذا فعلا ذلك واكتسبا ، فإن انفردا . . فلكل كسبه ، و إلا . . فيقسم الحاصل علىٰ قدر أجرة المثل .

قال : (**وشركة المفاوضة ؛ ليكون بينهما كسبهما**) أي : بالبدن (**وعليهما ما يعرض من غرم**) فهي باطلة أيضاً خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : أنها مشتملة علىٰ أنواع من الغرر ، ولهـٰذا قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعرف شيئاً في الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً ولا أعلم القمار إلا هـٰذا .

وَشِرْكَةُ ٱلْوُجُوهِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِكَ ٱلْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلٌّ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا ، فَإِذَا بَاعَا . . كَانَ ٱلْفَاضِلُ عَنِ ٱلأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا . . . .

قال الشيخ : وقوله : (باطلاً) بغير هاء صحيح ؛ لأن الباطل مصدر[١] وما رأيت الشافعي رضي الله عنه يستعمله إلا هٰكذا .

وسميت مفاوضة من قولهم : تفاوضا في الحديث إذا شرعا فيه جميعاً .

وقيل : من قولهم : قوم فوضىٰ ، أي : مستوون .

وإذا فعلا ذلك . . أخذ كل منهما ربح ماله وأجرة عمله وضمن ما يختص به ، وإذا استعملا لفظ المفاوضة وأرادا شركة العنان . . فالمنصوص الجواز[٢] ، وهو يقوي صحة العقود بالكنايات .

قال : (**وشركة الوجوه ؛ بأن يشترك الوجيهان ليبتاع كل منهما بمؤجل لهما ، فإذا باعا . . كان الفاضل عن الأثمان بينهما**)[٣] وعبر في « الروضة » بـ(يشتري) بدل (يشترك) وهو سبق قلم[٤] .

و(الوجيه) : الذي له وجاهة ، وكذلك الحكم لو كان لأحدهما وجاهة فيقول لمن لا وجاهة له : أنا آخذ المال بجاهي وأنت تتصرف فيه والربح بيننا . . فهي باطلة ؛

---

(١) في هامش (ك) : (قوله : «لأن الباطل مصدر» سهو وصوابه : اسم فاعل) وفي هامشها أيضاً (قوله : « مصدر » يعني صفة مصدر محذوف تقديره : عقداً باطلاً فلا اعتراض عليه) .

(٢) في هامش (ك) : (فإذا أتيا بصورتها . . فعموم اللفظ في قولهما : بأبدانهما يقتضي اشتراكهما فيما يحصل من ذلك من أجرة أو نحوها .
ويقتضي عموم قوله : « وعليهما ما يعرض من غرم » إتيانهما بمال بدل التالف من مال الشركة أو غرمهما ، وما يحصل من جناية أو نحوها ، وكل ذلك مناف لصحة عقدها ، فإذا نويا شركة العنان . . فقد خصصا ذلك العموم فصحت) ورمز له بالصحة .

(٣) في هامش (ك) : (ومنهم من صورها أيضاً بأن يشترك وجيه بعمله وخامل بماله ليكون في يده والربح بينهما ، ويقرب منه ما ذكره الغزالي : أن يدفع خامل مالاً إلىٰ وجيه ليبيعه بزيادة ويكون له بعض الربح) .

(٤) في هامش (ك) : (ليس كما زعم ؛ إذ لم يعبر فيها إلا بـ« يشترك » كما هنا ، وإنما عبر بـ« يشتري » في الثالث من تفاسيرها وهو صواب) .

وَهَـٰذِهِ ٱلأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ . وَشِرْكَةُ ٱلْعِنَانِ صَحِيحَةٌ ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا : لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى ٱلإِذْنِ فِي ٱلتَّصَرُّفِ ، فَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَى : ٱشْتَرَكْنَا . . لَمْ يَكْفِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

لأنها شركة في غير مال ، فبطلت كالشركة في الاحتطاب والاصطياد ، ولأن ما اشتراه كل منهما ملك له وخسرانه عليه .

قال : (**وهـٰذه الأنواع باطلة**) ؛ لما تقدم .

قال : (**وشركة العنان صحيحة**) بالإجماع ، وهي بكسر العين مأخوذة من عنان فرسي الرهان ؛ لأن الفارسين إذا استبقا تساوىٰ عنان فرسيهما ، فاستواؤهما كاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح علىٰ قدر رأس المالين .

وقيل : من عنَّ الأمر إذا ظهر ؛ لأن جوازها ظاهر(١) .

قال : (**ويشترط فيها : لفظ يدل علىٰ الإذن في التصرف**) ؛ لأن المال مشترك ، وكل يتصرف في ماله ومال الآخر فاشترط الإذن منهما .

وفي « الشرح » و« الروضة » : لا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة ، وعبارة الكتاب قاصرة عن ذلك .

وعن ابن سريج : إذا خلطا المالين بقصد الشركة أو ابتاعا شيئاً علىٰ قصدها . . كان كافياً في التصرف ، وبه أجاب صاحب « الإفصاح » ، وهو مخرج على انعقاد البيع بالمعاطاة .

قال : (**فلو اقتصر علىٰ : اشتركنا . . لم يكف في الأصح**) ؛ لأنه يحتمل أن يكون إخباراً عن حصول الشركة ، ولا يلزم من حصولها جواز التصرف ، كما في الشركة بالإرث وغيره .

والثاني : يكفي ؛ لأنه يفهم منه الإذن عرفاً ، ولو اقتصرا على الإذن ولم يقولا : اشتركنا . . كفىٰ في الأصح كالقراض .

---

(١) في هامش (ك) : (وقيل : من عنَّ الشيء عرض ؛ لأن كلاً منهما قد عرض له أن يشارك الآخر ، وقيل : بفتح العين من عنان السماء ، أي : سحابه ؛ لأنها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها) .

والتحقيق : أنهما إذا قالا : اشتركنا ونويا الإذن في التصرف. . صح[١] ، وإنما الوجهان عند تجرد اللفظ عن الإرادة .

وإشارة الأخرس قائمة مقام لفظه كما تقدم ، فهي وما قبلها واردان على المصنف .

ثم على الصحيح : إذا أذن كل منهما للآخر. . فذاك ، وإن أذن أحدهما فقط. . تصرف المأذون له في الجميع ، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه .

وإذا عين جنساً. . لم يتصرف المأذون له في غيره ، سواء كان مما يعم وجوده أم لا ، بخلاف القراض .

قال : (**وفيهما : أهلية التوكيل والتوكل**) ؛ لأن كلاً منهما وكيل عن صاحبه وموكل له ، هـٰذا إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف ، فإن كان التصرف من أحدهما فقط. . اشترط فيه أهلية التوكل ، وفي الإذن أهلية التوكيل ، حتىٰ يصح أن يكون الثاني أعمىٰ دون الأول .

ودخل في إطلاق المصنف مسألتان لم يصرح بهما الرافعي :

إحداهما : المكاتب ، قال في « المطلب »[٢] : وينبغي أن لا يصح ذلك منه إن كان هو المأذون له ؛ لما فيه من التبرع بعمله[٣] ، ويصح إن كان هو الآذن .

الثانية : عقد الشركة علىٰ مال المحجور عليه .

قال : وقد يقال بمنعها ؛ لاستلزامها خلط ماله قبل العقد بلا مصلحة[٤] ، بل قد يؤثر نقصاً . اهـ

وإذا جوزناها. . فلا بد أن يكون شريكه عدلاً يجوز إيداع المال عنده .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٣) في هامش (ك) : (علم منه أنه لو كان متصرفاً ويعلم حصول ربح بسبب تصرفه بجر منافعه. . صح ؛ لعدم التفويت على السيد) .

(٤) في هامش (ك) : (يرد بأن الغرض أنه عقدها لمصلحته والخلط من ضرورتها) .

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ ٱلْمُتَقَوِّمِ ، وَقِيلَ : تَخْتَصُّ بِٱلنَّقْدِ ٱلْمَضْرُوبِ . وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ ٱلْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لاَ يَتَمَيَّزَانِ ، . . . .

فرع :

تكره مشاركة الذمي ، سواء كان هو المتصرف أو المسلم ، كما يكره أكل طعامهم .

وقال الحسن البصري : إن كان المسلم متصرفاً . . لم يكره ، وإلا . . كره ، وكذلك تكره مشاركة من لا يحترز من الربا والمعاملات الفاسدة .

قال : (**وتصح في كل مثلي**) أما في النقدين الخالصين . . فبالإجماع ، وفي المغشوش وجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : الجواز .

وأما غير النقدين كالقمح والحديد ونحوهما . . فلأنه إذا اختلط بجنسه . . ارتفع عنه التمييز فأشبه النقدين .

وعلىٰ هـٰذا : لا يشترط التساوي في القيمة على الصحيح ، فإن اختلفت كما إذا كان إردب هـٰذا يساوي عشرة وإردب هـٰذا يساوي خمسة . . فهما شريكان مثالثة ، كذا قاله العراقيون والبغوي[1] .

كل هـٰذا إذا أنشأا العقد علىٰ عروض متميزة لكل واحد منهما ، فلو عقداها علىٰ عروض مشتركة بإرث أو ابتياع أو غيرهما . . فتصح ، سواء كانت مثلية أو متقومة .

قال : (**دون المتقوم**) ؛ لأنه لا يتحقق الخلط فيه ، وجوزها أبو الحسن الجوري في جميع العروض إذا استوت قيمتها ، سواء كانت من جنس أو أجناس ، وهو مذهب مالك .

قال : (**وقيل : يختص بالنقد المضروب**) أي : الخالص ؛ لأنه موضوع للتصرف في ملك الغير طلباً للربح فاختص بالنقد قياساً على القراض .

وخرج بقوله : (المضروب) التبر والسبائك والحلي فلا تصح الشركة فيها .

قال : (**ويشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان**) ؛ ليتحقق معنى الشركة ، وهـٰذا

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يَكْفِي ٱلْخَلْطُ مَعَ ٱخْتِلاَفِ جِنْسٍ ، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ ، هَـٰذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا ، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكاً بِإِرْثٍ أو شِرَاءٍ أَوَ غَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلآخَرِ فِي ٱلتِّجَارَةِ فِيهِ . . تَمَّتِ ٱلشِّرْكَةُ . وَٱلْحِيلَةُ فِي ٱلشِّرْكَةِ فِي ٱلْعُرُوضِ : أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ ٱلآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

شرط في صحة العقد فيعتبر تقدمه علىٰ قولهما : اشتركنا وعلى الإذن ، فإن وقع في المجلس . . فالأصح أنه لا يكفي ، وإن تأخر عن المجلس . . لم يجز على الوجهين ، ومال الإمام إلىٰ تجويزه ؛ لأن الشركة توكيل وتوكل .

قال : (**ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس**) كدراهم ودنانير (**أو صفة كصحاح ومكسرة**) ؛ لأن التمييز حاصل ، وكذا الدراهم المثقوبة أو الجديدة أو السود بغيرها ، وكذلك الحنطة الحمراء بالبيضاء وما أشبه ذلك .

قال : (**هـٰذا إذا أخرجا مالين وعقدا ، فإن ملكا مشتركاً بإرث أو شراء أو غيرهما وأذن كل للآخر في التجارة فيه . . تمت الشركة**) ؛ لحصول الغرض بذلك علىٰ وجه أكمل[1] .

قال : (**والحيلة في الشركة في العروض**) أي : باقيها ؛ لأن المثليات عروض .

قال : (**أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف**) هـٰذه الحيلة ذكرها المزني واتفق عليها الأصحاب ، والمراد حصول الإذن بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع ، فكان الصواب أن يقول : (ثم يأذن) كما في « التنبيه » ؛ لأن شرطه أن يتأخر عن الملك .

لـٰكن قول المصنف وغيره : (بعض عرضه) أحسن من قول « المحرر » و« الروضة » : نصف عرضه بنصف عرض الآخر ؛ فإنه يجوز أن يبيع ربع عرضه بثلاثة أرباع عرض الآخر فيصير مشتركاً بينهما كذلك ، غير أن لفظة (كل) في كلام المصنف لا حاجة إليها .

ثم إذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر . . لا يشترط علمهما بقيمة

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

وَلاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلْعِلمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ ٱلْعَقْدِ . . . .

العرضين على الأصح في زوائد « الروضة » .

وكان الأحسن أن يقول : (ومن الحيلة كذا) ؛ فإن منها أن يبيع بعض عرضه لصاحبه بثمن في ذمته ثم يتقاصا ، أو يأذنا في التقاص على الأظهر .

ومنها أن يشتريا السلعة بثمن واحد ، ثم يدفع كل عرضه مما يخصه من الثمن ، ولو كان المالان عرضاً ودراهم . . باع نصف العرض بنصف الدراهم .

قال : (**ولا يشترط تساوي قدر المالين**) ؛ لأنه لا محذور فيه ، إذ الربح والخسران علىٰ قدرهما ، وخالف فيه الأنماطي فشرط التساوي محتجاً بأن الربح يحصل بالمال والعمل ، فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال لا يجوز الاختلاف في المال مع التساوي في العمل ، ورد الأصحاب عليه بأن المال في الشركة أصل والعمل تبع ؛ ولهـٰذا يجوز مجهولاً .

قال : (**والأصح : أنه لا يشترط العلم بقدرهما عند العقد**) أي : العلم بمقدار النسبتين في المال المختلط بينهما من كونه مثلاً مناصفة أو مثالثة إذا أمكن معرفتهما بعد ذلك بمراجعة حساب أو وكيل ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما .

مثاله : أن يضع أحدهما دراهم في كفة الميزان ، ويضع آخر مثلها بإزائها ، ويشتركا ويتجرا من غير أن يعلما وزنها ، فإنه يصح ؛ لأنه لا محذور فيه كما صرح به الماوردي وغيره ؛ لتراضيهما بذلك .

والوجه الثاني ـ ورأى ابن الرفعة القطع به ـ : أن ذلك يشترط ، وإلا . . أدىٰ إلىٰ جهل كل منهما بما أذن فيه وبما أذن له فيه .

وأشار بقوله : (عند العقد) إلىٰ أن شرط المسألة أن تمكن معرفتهما بعد العقد وهو كذلك ، فإن لم يكن كذلك . . بطل .

فلو كان لهما ثوبان فاشتبها . . لم يكف ذلك لعقد الشركة ، فإن المالين متميزان لـٰكن عرض لهما الاشتباه .

وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى ٱلتَّصَرُّفِ بِلاَ ضَرَرٍ ؛ فَلاَ يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلاَ بِغَيْرِ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ وَلاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلاَ يُسَافِرُ بِهِ وَلاَ يُبْضِعُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ . وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَىٰ شَاءَ ، وَيَنْعَزِلاَنِ عَنِ ٱلتَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا ، . . . .

قال : (**ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر ؛ فلا يبيع نسيئة ولا بغير نقد البلد ولا بغبن فاحش**) ؛ لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل ، فإن خالف.. لم يصح تصرفه في نصيب شريكه ، وفي نصيب نفسه قولا تفريق الصفقة .

وأغرب الشيخ كمال الدين بن يونس فجوز البيع بغير نقد البلد كما في (القراض) .

فرع :

قال أحدهما لصاحبه : بع بما ترىٰ.. وجب مراعاة النظر ، ولو قال : بما شئت.. كان له أن يبيع بالمحاباة قاله الروياني ، وفرق بأن قوله : بما ترىٰ تفويض إلى الرأي ، والرأي : الاجتهاد ، بخلاف قوله : بما شئت ، وهـٰذا يأتي في الوكيل أيضاً .

قال : (**ولا يسافر به ولا يبضعه بغير إذن**) الإبضاع : أن يدفعه إلىٰ من يعمل فيه[(١)] متبرعاً ؛ لما في السفر والإبضاع من الخطر ، ولأنه لم يرض بغير يده ، وكذلك لا يشارك فيه ، هـٰذا فيما إذا اشتركا في الحضر ، فإن عقدا وهما مسافران.. فالظاهر أن له السفر إلىٰ مقصده من غير إذن[(٢)] ، وكذا لو كانا من أهل النجعة .

وأما ركوب البحر الملح.. فلا يستفيده بمجرد الإذن في السفر بل لا بد من التنصيص عليه .

قال : (**ولكل فسخه متىٰ شاء**) ؛ لأنه من العقود الجائزة ، لأنه توكيل وتوكل كما تقدم .

قال : (**وينعزلان عن التصرف بفسخهما**) ؛ لأن العقد قد زال ، ومراد المصنف

---

(١) في هامش (ك) : (هو تفسير للإبضاع وإلا.. فيؤخذ من قوله : « لأنه لم يرض بغير يده » أنه لا يدفعه لمن يعمل فيه بأجرة بطريق الأولىٰ) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : عَزَلْتُكَ ، أَوْ لاَ تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي . . لَمْ يَنْعَزِلِ ٱلْعَازِلُ . وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ . . . .

أن أحدهما إذا قال : فسخت الشركة . . انعزلا وارتفع عقدهما ، ولا خلاف أن لكل منهما بعد الانعزال أن يتصرف في نصيب نفسه .

وقال ابن الرفعة : لا يجوز ، وزعم أن نص الشافعي رضي الله عنه شاهد له ، وأن كلام الأصحاب مشكل ، ورد الشيخ عليه ذلك وصوب كلام الأصحاب .

قال : (**فلو قال أحدهما : عزلتك ، أو لا تتصرف في نصيبي . . لم ينعزل العازل**) بل يختص العزل بالمخاطب فقط ؛ لأن المتكلم لم يمنعه أحد بخلاف المخاطب .

قال : (**وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه وإغمائه**) كالوكالة ، وكذا بطروء الحجر بالسفه كما قاله في « الكفاية »[1] .

ومحل الفسخ بالإغماء : إذا طال زمنه بحيث أسقط عنه فرض صلاة واحدة بمرور وقتها ، فلو أغمي عليه أقل من ذلك . . لم يضره ، قاله في « البحر »[2] ، ثم إن شاء الوارث . . قاسم الشريك أو أبقاه على الشركة بأن يجدد له إذناً في التصرف كما تقدم ، ولا فرق بين أن يكون المال عرضاً أو نقداً .

وصورة المسألة : أن لا يكون على الميت دين ولا هناك وصية ، فإن كان عليه دين . . لم يكن له إبقاء الشركة إلا إذا قضى الدين من موضع آخر .

وإن كان هناك وصية ، فإن كانت لمعين كما إذا أوصىٰ لزيد بالثلث . . تخير بين الأمرين كالوارث إن كان رشيداً ، وإن كان محجوراً عليه . . تخير وليه ، وإن كانت لغير معين كالفقراء . . لم يجز إنشاء عقد الشركة إلا بعد إخراج الوصية ، فإذا أخرجها . . صار المال ناقصاً ، وفي الشركة في المال المتفاضل وجه الأنماطي .

فرع :

انفسخت الشركة و في مال الشركة ديون ، فاتفقا علىٰ أن يكون لكل منهما علىٰ

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلرِّبْحُ وَٱلْخُسْرَانُ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، تَسَاوَيَا فِي ٱلْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا ، فَإِنْ شَرَطَا خِلاَفَهُ . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ ، فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى ٱلآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ ، وَتَنْفُذُ ٱلتَّصَرُّفَاتُ ، وَٱلرِّبْحُ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ . وَيَدُ ٱلشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ٱلرَّدِّ وَٱلْخُسْرَانِ وَٱلتَّلَفِ ، . . . .

بعض الغرماء حصة . . لم تصح ؛ لأنه بيع دين بدين ، قاله في « الإستقصاء »[1] .

قال : (**والربح والخسران علىٰ قدر المالين ، تساويا في العمل أو تفاوتا**) ؛ عملاً بقضية الشركة .

قال : (**فإن شرطا خلافه . . فسد العقد**) ؛ لأنه مخالف لموضوع الشركة وقيل : يبطل الشرط دون العقد ، وقيل : إن اختص أحدهما بمزيد عمل وشرط له مزيد ربح . . صح العقد .

قال : (**فيرجع كل على الآخر بأجرة عمله في ماله**) أي : في مال الآخر ، كما في القراض إذا فسد .

وقيل : إن الشركة إذا فسدت لا يرجع أحدهما على الآخر ؛ لأن الفاسد كالصحيح في وجوب الضمان وعدمه ، والشركة الصحيحة لا يرجع فيها بأجرة العمل ، فكذا إن كانت فاسدة ، وبهـٰذا أفتى القفال .

قال : (**وتنفذ التصرفات**) ؛ لأن الإذن موجود ، وادعى الإمام وغيره اتفاق الأصحاب عليه ، لـٰكن حكى الماوردي وجهاً : أنها لا تنفذ ، وحكى الروياني وجهاً : أن الشرط يبطل دون عقد الشركة ، ولأجل نفاذ التصرف منع بعض الأصحاب إطلاق لفظ الفساد عليها .

قال : (**والربح علىٰ قدر المالين**) ؛ لأنه ثمرتهما ، كما لو كان بينهما نخل فأثمرت .

قال : (**ويد الشريك يد أمانة ، فيقبل قوله في الرد والخسران والتلف**) ؛ قياساً على المودع والوكيل إذا أطلق أو أسنده إلىٰ سبب خفي .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح ، وقد أوضحه الرافعي في « باب القسمة ») .

فَإِنِ ٱدَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِٱلسَّبَبِ ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي ٱلتَّلَفِ بِهِ ، وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ ٱلْمَالُ : هُوَ لِي ، وَقَالَ ٱلآخَرُ : مُشْتَرَكٌ ، أَوْ بِٱلْعَكْسِ . . صُدِّقَ صَاحِبُ ٱلْيَدِ ، وَلَوْ قَالَ : ٱقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي . . صُدِّقَ ٱلْمُنْكِرُ ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ وقَالَ : ٱشْتَرَيْتُهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي ، وكَذَّبَهُ ٱلآخَرُ . . صُدِّقَ ٱلْمُشْتَرِي .

قال : (**فإن ادعاه**) أي : التلف (**بسبب ظاهر . . طولب ببينة بالسبب ، ثم يصدق في التلف به**) كالمودع ، والمصنف ذكر المسألة هناك .

قال : (**ولو قال من في يده المال : هو لي ، وقال الآخر : مشترك ، أو بالعكس . . صدق صاحب اليد**) ؛ لدلالتها على الملك .

قال : (**ولو قال : اقتسمنا وصار لي . . صدق المنكر**) عملاً بالأصل .

قال : (**ولو اشترىٰ وقال : اشتريته للشركة أو لنفسي ، وكذبه الآخر . . صدق المشتري**) ؛ لأنه أعرف بقصده وسواء ادعىٰ أنه صرح بالشراء للشركة أو نواه ، والأول يقع عند الخسران ، والثاني عند الربح غالباً .

تتمة :

قال في « البويطي » : لواحد بغل ولآخر راوية ، فتشاركا مع ثالث ليستقي والحاصل بينهم . . فهو فاسد ، ثم إن كان الماء مملوكاً للمستقي أو مباحاً وقصد به نفسه . . فهو له وعليه أجرة مثل البغل والراوية ، وإن قصد الشركة . . فعلى الخلاف في النيابة في تملك المباحات ، فإن جوزناه وهو الأصح . . فقيل : يقسم بينهم علىٰ نسبة أجور أمثالهم ، والصحيح : أنه يقسم بينهم بالسوية .

فعلىٰ هـٰذا للمستقي أن يطالب كلاً من صاحبيه بثلث أجرته ، ويرجع كل من صاحبيه بثلثي أجرة ماله علىٰ صاحبه وعلى المستقي ، فإن استوت . . جرى التقاص ، وإلا . . رجع بالتفاوت .

ولو كان لواحد بيت رحىٰ ولآخر حجر ولآخر بغل والرابع يعمل علىٰ أن الحاصل من أجرة الطحن بينهم . . فهو فاسد أيضاً ، فإن اتفق طحن . . قسم الحاصل علىٰ أجرة أمثال ذلك .

. . . .

ولو كان لواحد بذر ولآخر أرض فاشتركا مع ثالث ليزرع . . فالزرع لصاحب البذر ، وعليه لصاحبيه أجرة المثل .

قال المتولي : فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل من الغلة شيء . . فلا شيء لهم ، قال الرافعي ولا يخفىٰ عدول كلامه عن القياس ، وصوب المصنف وابن الرفعة والشيخ كلام المتولي[1] ؛ لأن منافعهم تلفت تحت أيديهم ، وإنما ضمناه إذا حصل له نفع بالزرع ؛ لدخول منفعتهم بواسطة ما في يده .

* * *

خاتمة

قال : سمّن هٰذه الشاة ولك نصفها ، أو هاتين علىٰ أن لك إحداهما . . لم يصح ، واستحق أجرة المثل للنصف الذي سمنه للمالك ، كذا أفتىٰ به القاضي حسين[2] ، وأنهما لو اشتركا في دود القز علىٰ أن من أحدهما الورق ومن الآخر التعهد . . فالفيلج[3] لصاحب البزر وعليه قيمة الورق وأجرة عمله .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (هو الأصح) .
(٣) في هامش (ك) : (الفيلج بالفاء : القز) .

رفع

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كتاب الوكالة

كِتَابُ ٱلْوَكَالَةِ

. . . .

كتاب الوكالة

هي بفتح الواو وكسرها. . التفويض ، يقال : وكل أمره إلىٰ فلان ، أي : فوضه إليه واكتفىٰ به ، ومنه : ﴿ تَوَكَّلْتُ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ ويقع على الحفظ أيضاً ، ومنه : ﴿ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ ﴾ أي : الحافظ .

وهي في الشرع : إقامة الوكيل مقام الموكل في العمل المأذون فيه .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ﴾ .

وقوله : ﴿ ٱذْهَبُواْ بِقَمِيصِى هَٰذَا ﴾ .

ومن السنة : ما ثبت في « الصحيحين » [خ ٢٣٠٣ـ م ١٥٩٣] من إرسال السعاة لقبض الصدقات ، وحديث عروة رضي الله عنه المتقدم في (بيع الفضولي) .

وفي « أبي داوود » [٣٦٣٢] : عن جابر رضي الله عنه أنه قال : أردت الخروج إلىٰ خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم ، فسلمت عليه وأخبرته بذلك فقال : « إذا أتيت وكيلي . . فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغىٰ منك آية . . فضع يدك علىٰ ترقوته » .

وذكر الفقهاء أن النبي صلى الله عليه وسلم : (وكل عمرو بن أمية الضمري رضي الله عنه في نكاح أم حبيبة رضي الله عنها)[1] والذي ذكره أهل السير : (أنه صلى الله عليه وسلم بعثه إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة رضي الله عنها وأصدقها أربع مئة دينار ، والذي أنكحها خالد بن سعيد بن العاصي رضي الله عنه وهو عم أبيها ، وكان أبوها كافراً لا ولاية له مع غيبته)[2] وهٰذا الكلام يحتمل أن يكون الوكيل فيه عمراً وأن يكون النجاشي .

---

(١) ذكره البيهقي (٧/ ١٣٩) نقلاً عن الشافعي بدون سند .

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٠) .

شَرْطُ ٱلْمُوَكِّلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلاَيَةٍ ، فَلاَ يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ ، وَلاَ ٱلْمَرْأَةِ وَٱلْمُحْرِمِ فِي ٱلنِّكَاحِ ، . . . .

وانعقد الإجماع علىٰ جوازها ، والقياس يقتضيه أيضاً ؛ فإن الشخص قد يعجز عن القيام بمصالحه كلها ، بل قال القاضي حسين وغيره : إنها مندوب إليها ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ .

قال : (**شرط الموكل : صحة مباشرته ما وكل فيه**) هو بفتح الواو ؛ لأن التصرف الخاص بالإنسان أقوىٰ من تصرفه عن غيره ، فإذا لم يقدر على الأقوىٰ . . فعلى الأضعف أولىٰ .

قال : (**بملك أو ولاية ، فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون**) ؛ لما تقدم ، وينبغي أن يأتي في توكيل الصبي في التدبير والوصية الخلاف في صحتهما منه ، والمغمىٰ عليه كالمجنون ، وكذا الفاسق في تزويج ابنته إذا قلنا : لا يلي .

قال : (**ولا المرأة والمحرم في النكاح**) ؛ لأنهما لا مدخل لهما في ذلك .

والمراد : أن المرأة لا توكل أجنبياً في تزويجها ، فأما إذا أذنت للولي بلفظ التوكيل . . فإنه يصح كما سيأتي في موضعه ، كذا قاله شيخنا وهو عجيب ؛ لأن إذنها لوليها بلفظ التوكيل ليس مما نحن فيه أصلاً .

وإطلاق المصنف المحرم محمول علىٰ ما إذا وكل ليعقد عنه في حال الإحرام ، أما إذا قال : ليزوج بعد التحلل . . فقال الرافعي في (كتاب النكاح) يصح[1] ؛ لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن ، واختار الشيخ أن المحرم لا يصح توكيله في النكاح ، سواء قيد بما بعد التحلل أم لا فعلىٰ هـٰذا يبقىٰ كلام المصنف علىٰ إطلاقه .

ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً في التزويج . . فالأصح عند الرافعي : الجواز ، وعند الشيخ : المنع .

و(المحرم) بضم الميم من تلبس بالإحرام بنسك ، أما المحرم بفتح الميم فيجوز توكيله كما سيأتي في (كتاب النكاح) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ ٱلْوَلِيِّ فِي حَقِّ ٱلطِّفْلِ ، وَيُسْتَثْنَىٰ تَوْكِيلُ ٱلأَعْمَىٰ فِي ٱلْبَيْعِ وَٱلشِّرَاءِ . . فَيَصِحُّ . ...

قال : (**ويصح توكيل الولي في حق الطفل**) في النكاح وغيره ؛ لولايته عليه . والمراد بـ(الولي) الأب والجد وكذا الوصي في الأصح[1] .

وتقييده بـ(الطفل) تبع فيه « المحرر » ، وفي « الشرح » لم يقيده بذلك وهو الصواب ؛ لأن كل محجور عليه كذلك من سفيه أو مجنون أو صبي ، ثم الولي بالخيار إن شاء وكل عن نفسه وإن شاء وكل عن موليه .

ويصح توكيل السفيه والمفلس والعبد فيما يستقلون به من التصرفات ، ولا يصح فيما لا يستقلون به إلا بعد إذن الولي والغريم والسيد .

قال : (**ويستثنىٰ توكيل الأعمىٰ في البيع والشراء . . فيصح**) وإن لم يقدر علىٰ مباشرته ؛ للضرورة ، وكذلك في القبض وفيه سر لطيف وهو : أن الأعمىٰ مالك رشيد فالمقتضي لصحة تصرفه موجود ، وقارنه مانع لا لخلل فيه ولٰكن يرجع إلى المبيع لعدم رؤيته ، فإذا وكل قام وكيله مقامه في الرؤية .

والتقييد بـ(البيع والشراء) مضر ، فسائر العقود التي تفتقر إلى الرؤية كالإجارة والمساقاة والأخذ بالشفعة ونحوها يصح توكيله فيها أيضاً .

ولم يستثن المصنف سوىٰ هٰذه المسألة مع أنه يستثني مسائل طرداً وعكساً ، فمن طرده : الولي غير المجبر إذا نهته عن التوكيل . . لا يوكل كما سيأتي ، والظافر بحقه لا يوكل في كسر الباب وأخذ حقه كما صرح به جماعة ، ومن العكس الأعمىٰ كما تقرر .

والمحرم ليس له أن يزوج وله أن يوكل فيه ، وكذا إذا وكل الولي امرأة أن توكل رجلاً عن الولي ، خلافاً للمزني .

وإذا وكل المشتري البائع أو المسلم المسلم إليه أن يوكل من يقبض منه . . صح مع أنه لا يباشر القبض من نفسه ، وكذلك إذا علق الطلاق بسبق الثلاث وقلنا

---

(١) في هامش (ك) : (محل توكيل الوصي والقيم في غير النكاح ، أما فيه . . فلا يصح منهما بمباشرة ولا توكيل) .

بانسداده[١] . . فإنه يوكل فيه ؛ لأن الطلاق مملوك له ، وإنما امتنع وقوعه منه لأمر خارج فهو كالأعمىٰ في البيع .

قال الرافعي : سمعت بعضهم في المباحثة يقول : ينبغي أن لا يقع طلاق الوكيل .

ويستثنى استيفاء القصاص في الأطراف ؛ فإنه لا يباشره المستحق على الأصح بل يوكل فيه ، وكذلك استيفاء حد القذف على الأصح ، وإذا قال : كلما عزلتك فأنت وكيلي . . فإنه لا يقدر علىٰ عزله[٢] ، ويصح منه التوكيل فيه .

قال : (**وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه**) ؛ لأن تصرف الشخص لنفسه أقوىٰ من تصرفه لغيره ، فإذا لم يقدر على الأقوىٰ . . لا يقدر على الأضعف ، فكأنه قال : من صحت مباشرته . . صحت وكالته ، ومن لا . . فلا .

ويرد علىٰ طرده : ما لو وكل الولي فاسقاً في بيع مال الطفل ؛ فإنه لا يجوز ، وعلىٰ عكسه مسائل تأتي عقب مسألة العبد الآتية .

ويصح توكيل المرتد وإن لم يصح تصرفه في ماله .

ولا يجوز للمسلم أن يوكل كافراً في استيفاء قود أو حد من مسلم ، ولا للإمام نصبه لإقامة الحدود على المسلمين .

وقال الماوردي والروياني : لا يجوز للزوجة أن تتوكل عن غير زوجها إلا بإذنه[٣] ، وكأنهما أرادا الحرة أما الأمة إذا أذن لها سيدها . . فلا اعتراض للزوج .

فرع :

يشترط في الوكيل أن يكون معيناً ، فلو قال : أذنت لكل من أراد بيع داري أن يبيعها . . لم يصح ، أو قال لرجلين : أيكما أراد بيع داري فجائز . . لم يجز لأحدهما

---

(١) في هامش (ك) : (تبع الشارح شيخه الإسنوي في هـٰذه العبارة ، وهو تفريع على الضعيف) .

(٢) في هامش (ك) : (على القول بعود وكالته ، أو لأجل منعه من التصرف بعموم الإذن الجائز له مع فسادها كما سيأتي) .

(٣) في هامش (ك) : (محل ما قالاه إذا أحوج التوكيل إلىٰ خروجها كما سيأتي في كلامه) .

أن يبيعها ، ولو قال : وكلت زيداً وهو لا يدري من زيد . . لم يصح .

فلو أذنت من لا ولي لها لكل عاقد في البلد في تزويجها . . أفتى الشيخ بصحة إذنها ؛ إذ لا غرض لها في أعيان العقاد والقضاة .

وقال ابن الصلاح : إن قام بإذنها قرينة تقتضي التعيين مثل أن تكون أذنت عن قرب له في تزويجها ، أو كانت تعتقد أن لا عاقد في البلد سواه . . فإذنها يختص به ولا يعم ، وإن لم يكن كذلك . . جاز لكل عاقد تزويجها .

قال : (**لا صبي ومجنون**) ؛ لسلب عبارتهما ، ومثله المعتوه والمبرسم والنائم والمغمىٰ عليه ومن شرب ما أزال عقله لحاجة .

قال : (**وكذا المرأة والمحرم في النكاح**) أي : إيجاباً وقبولاً ؛ لما سبق ، وكذا المرأة في الرجعة لا ترتجع نفسها ولا غيرها ؛ لأن الفرج لا يستباح بقولها ، ولا يصح توكيلها في اختيار الزوجات إذا أسلم علىٰ أكثر من أربع أو طلق إحدى امرأتيه ، وفي توكيلها باختيار المفارقات وجهان : أصحهما : المنع ؛ لأنه يتضمن اختيار الباقيات للنكاح .

وصورة المسألة : أن يعين لها من تختار منهن أو يفارقها ، فإن أطلق . . لم يصح لا من الرجل ولا من المرأة .

والخنثىٰ إذا وكل في قبول النكاح أو الطلاق قال في « شرح المهذب » : ينبغي أن يكون كالمرأة للشك في أهليته[1] .

وقال الماوردي والروياني : يمتنع على المرأة أن لا تتوكل[2] إلا بإذن الزوج ، ولعل هـٰذا في أمر يحوج إلى الخروج[3] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) هـٰكذا في النسخ بلفظ: (أن لا تتوكل) ، ولعل الصواب : (أن تتوكل) كما في « النهاية » (١٩/٥)، ولفظها : (ويمتنع توكيل المرأة لغير زوجها بغير إذنه علىٰ ما قاله الماوردي) . والله أعلم .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

لَـٰكِنِ ٱلصَّحِيحُ : ٱعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي ٱلإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ ، . . .

قال : (**لـٰكن الصحيح : اعتماد قول صبي**) أي : المميز (**في الإذن في دخول دار وإيصال هدية**) ؛ لأن السلف كانوا يعتمدونه في ذلك ، فإن انضمت إليه قرائن يحصل العلم بصدقه في ذلك . . جاز الدخول والقبول قطعاً ، وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا بقوله : وإن لم ينضم ، فإن كان غير مأمون القول . . لم يعتمد ، وإلا . . فطريقان .

أصحهما : القطع بالاعتماد .

والثاني : على الوجهين في قبول روايته ، فكلام المصنف محمول علىٰ ما إذا لم تكن قرينة ولا تهمة .

قال الشيخ : والعبد الذي يقبل قوله في الهدية لو قال لشخص : سيدي أرسلني إليك . . مقتضىٰ إطلاقهم قبول ذلك منه بالقرائن[1] واستشكله وقال : ينبغي أن لا يقبل قوله في ذلك ، ويجوز توكيل الصبي في دفع الزكاة في الأصح .

وقال القفال في « الفتاوىٰ »[2] : إذا اشترىٰ طعاماً وبعث صبياً ليستوفيه وكان الصبي يعقل ذلك . . حل ، وكذلك في بابي (الهبة) و(السلم) إذا بعث صبياً لقبضهما .

ويقبل خبر الصبي أيضاً في كل ما طريقه المشاهدة دون الإخبار ، فيقبل في رؤية النجاسة ، ودلالة الأعمىٰ على القبلة ، وخلو الموضع عن الماء كما تقدم في (باب التيمم) ؛ والإخبار بطلوع الفجر والشمس وغروبها ، بخلاف ما طريقه الاجتهاد كالإفتاء والإخبار عما يتعلق بالطب ورواية الأخبار كما نقله في « شرح المهذب » عن الجمهور[3] ، وكذلك يقبل خبره بطلب صاحب وليمة الإنسان ، قاله الماوردي والروياني[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (هو ضعيف) .
(٣) في هامش (ك) : (ماذكره الشارح من قوله : « وقال القفال . . . إلى هنا » تفريع علىٰ ضعيف) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ وَمَنْعُهُ فِي ٱلإِيجَابِ . . . .

قال : (**والأصح : صحة توكيل عبد في قبول نكاح**) ؛ لأنه لا ضرر على السيد فيه .

والثاني : يمتنع بغير إذن السيد ، كما لا يقبله لنفسه بغير إذنه .

والثالث : يمتنع مطلقاً ؛ لأنه إنما جاز في حق نفسه للحاجة .

فعلى الصحيح : تستثنىٰ هـٰذه الصورة من شرط صحة المباشرة لنفسه .

وحيث جوزنا توكيل العبد استثنىٰ منه الماوردي توكيله على الطفل أو مال اليتيم ، فإنه لا يجوز ؛ لأنه في معنى الولاية[1] .

ومما استثنوه أيضاً : السفيه لا يصح قبوله النكاح بغير إذن وليه ، ويقبله لغيره بغير إذن وليه في الأصح .

ومنها : الكافر لا يتزوج مسلمة ولايكون ولياً في تزويجها ، ويجوز أن يتوكل في تزويجها على الأصح[2] .

ومنها : الكافر لا يشتري المسلم ، ويكون وكيلاً في شرائه لمسلم إن صرح بالسفارة ، وكذا إن لم يصرح على الأصح .

ومنها : المرأة لا تقدر على الطلاق وتكون وكيلة في تطليق غيرها على الأصح .

وتوكيل شخص في قبول نكاح محرمه كتوكيل الأخ في قبول نكاح أخته ، والموسر في قبول نكاح أمة لمعسر ، وفي قبول نكاح أخت زوجته ومن تحته أربع نسوة .

قال : (**ومنعه في الإيجاب**) ؛ لأنه إذا لم يزوج بنت نفسه . . فأولىٰ أن لا يزوج بنت غيره .

والثاني ـ وهو الأصح عند الغزالي ـ : يصح لصحة عبارته في الجملة ، وإنما لم يزوج ابنته ؛ لأنه لا يتفرغ للنظر في أمرها ، والمبعض أولىٰ بالصحة فيما يصح توكيله ، والسفيه كالعبد ، قاله الرافعي[3] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قوله : « ويجوز أن يتوكل . . . إلخ » رأي مرجوح) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَشَرْطُ ٱلْمُوَكَّلِ فِيهِ : أَنْ يَمْلِكَهُ ٱلْمُوَكِّلُ ، فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والمكاتب يوكل غيره فيما يملكه ، ويكون وكيلاً بجعل ، وأما بغير جعل . . فكتبرعه .

والمحجور عليه بفلس يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة قطعاً ، وفيما يلزمها أيضاً على الأصح ، كما يصح شراؤه على الصحيح .

قال : (**وشرط الموكل فيه : أن يملكه الموكل ، فلو وكل ببيع عبد سيملكه ، وطلاق من سينكحها . . بطل في الأصح**) ؛ لأنه لا يملك مباشرته عند التوكيل .

والثاني : يصح ، ويكفي حصول الملك عند التصرف ، وبه قال القفال والبغوي ، والخلاف عائد إلىٰ أن الاعتبار بحال التوكيل أو بحال التصرف ، ويجريان في التوكيل بإعتاق من سيملكه ، وقضاء دين سيلزمه ، وبتزويج ابنته إذا انقضت عدتها ، أو طلقها زوجها وما أشبه ذلك .

فلو قال : وكلتك في مخاصمة كل خصم يتجدد لي . . فوجهان : ذهب البصريون إلىٰ بطلانها[1] والبغداديون إلىٰ صحتها ، ونقل ابن الصلاح عن الأصحاب الصحة فيما إذا وكل في بيع ثمرة قبل ظهورها[2] .

تنبيهان :

أحدهما : موضع الخلاف إذا عين العبد أو المرأة بوصف أو أتىٰ بلفظ عموم مثل : كل عبد أو امرأة ، فلو أتىٰ بنكرة صرفة . . لم يصح جزماً كما أفتىٰ به البغوي .

الثاني : لو جعل المجهول تبعاً لمعلوم أو الغائب تبعاً لحاضر كبيع مملوك وما سيملكه . . ففيه احتمالان للرافعي ، والمنقول عن أبي حامد وغيره الصحة[3] ، ولو وكله في حقوقه كلها ما وجب منها وما سيجب بعد ذلك . . جاز .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلاً لِلنِّيَابَةِ ، فَلاَ يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ إِلاَّ ٱلْحَجَّ ، وَتَفْرِقَةَ ٱلزَّكَاةِ ، وَذَبْحَ ٱلْهَدَايَا ، . . . .

ويستثنى القراض ، فإنه يصح إذن المالك للعامل في بيع ما سيملكه من العروض ؛ إذ لا تتم مصالح العقد إلا بذلك .

وأفتى ابن الصلاح بأنه إذا وكله في المطالبة بحقوقه . . دخل فيها ما يتجدد(١) .

ومنها : إذا قال : وكلتك في بيع كذا وأن تشتري بثمنه كذا . . فالمشهور : صحة التوكيل .

قال : (**وأن يكون قابلاً للنيابة**) ؛ لأن التوكيل إنابة ، فما لا يقبلها لا يقبل التوكيل .

قال : (**فلا يصح في عبادة**) ؛ لأن المقصود منها ابتلاء الشخص وامتحانه .

قال : (**إلا الحج**) أي : عند العجز ، وكذلك العمرة (**وتفرقة الزكاة**) والكفارات وصدقة التطوع (**وذبح الهدايا**) والعقيقة وشاة الوليمة ، وصب الماء علىٰ أعضاء المتطهر ، والتيمم عند العجز .

ويستثنىٰ : صوم الولي عن الميت كما تقدم ، وركعتا الطواف إذا فعلهما الأجير ؛ فإنهما تقعان عن المحجوج عنه ، والوقف ؛ فإنه قربة ويصح التوكيل فيه(٢) .

واحترز بـ(العبادة) عن التوكيل في إزالة النجاسة ، فإنه جائز ؛ لأنها من باب التروك ، ولذلك لا تشترط فيها النية على الأصح .

وقال في « البحر » : لا يجوز التوكيل في غسل الميت ؛ لأنه من فروض الكفايات ، فيقع عمن باشره(٣) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (تبع في هـٰذا ابن النقيب ، ويقال عليه : المستثنىٰ منه العبادة لا خصوص القربة والعبادة ؛ لأنها ما تعبد به بشرط النية ومعرفة المعبود ، والقربة ما تقرب به بشرط معرفة المتقرب إليه ، فالقربة توجد بدون العبادة في القرب التي لا تحتاج إلىٰ نية كالعتق والوقف ، فلا يصح الاستثناء ، وبذلك علم أنه لا يصح استثناء ماشارك الوقف كالعتق) .

(٣) في هامش (د) : (ضعيف) .

وَلاَ فِي شَهَادَةٍ ، وَإِيلاَءٍ ، ولِعَانٍ ، وَسَائِرِ ٱلأَيْمَانِ ، وَلاَ فِي ظِهَارٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ ، وَهِبَةٍ ، وَسَلَمٍ ، وَرَهْنٍ ، وَنِكَاحٍ ، وَطَلاَقٍ ، . . . .

قال : (**ولا في شهادة ، وإيلاء ، ولعان ، وسائر الأيمان**) ؛ إلحاقاً لها بالعبادات ؛ لما فيها من تعظيم الرب سبحانه وتعالىٰ .

ومراده بـ(سائر الأيمان) باقيها ؛ لأن الإيلاء واللعان من الأيمان .

وتعليق الطلاق والعتق : قالوا : لا يجوز التوكيل فيه ؛ لأنه يمين يقصد به حث أو منع .

قال الشيخ : وهـٰذا التعليل يقتضي جواز التوكيل في التعليق الذي ليس كذلك[1] كقوله : إن طلعت الشمس أو جاء الحاج ونحوه ، قال : وهـٰذا ينبغي أن يكون هو الصحيح ، وهو وجه حكاه المتولي في (كتاب الطلاق) .

قال الرافعي : والتدبير وتعليق الطلاق والعتق في معنى الأيمان[2] .

قال : (**ولا في ظهار في الأصح**) ؛ لأنه منكر من القول وزور ، وفي الوكالة إعانة عليه .

والثاني : يجوز تغليباً لشائبة الطلاق ، قال المتولي : وهو ظاهر المذهب ، والأول مذهب المزني .

وحقيقة الخلاف ترجع إلىٰ أن المغلب في الظهار اليمين أو الطلاق ، فإن صححناه . . فالأصح أنه يقول : موكلي يقول : أنت عليه كظهر أمه[3] .

قال : (**ويصح في طرفي بيع ، وهبة ، وسلم ، ورهن ، ونكاح**) أما النكاح . . فبالنص ، والباقي مقيس عليه .

قال : (**وطلاق**) ؛ لأنه إذا جاز في العقد . . ففي قطعه أولىٰ ، هـٰذا في الطلاق المنجز أما المعلق . . ففيه الأوجه الثلاثة المتقدمة .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (الأشبه علىٰ هـٰذا : خلافه) .

وَسَائِرِ ٱلْعُقُودِ وَٱلْفُسُوخِ ، وَقَبْضِ ٱلدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا ، . . . .

قال : (**وسائر العقود**) أي : باقيها كالصرف والتولية والصلح والإبراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والمضاربة والإجارة والجعالة والمساقاة والإعارة والإيداع والأخذ بالشفعة والوصية وقبولها ، وأبعد من قال : لا يجوز التوكيل في الوصية ؛ لأنها قربة .

وصيغة الضمان والوصية والحوالة : جعلت موكلي ضامناً لك كذا ، أو موصياً لك بكذا ، أو أحلتك بما لك علىٰ موكلي من كذا بنظيره مما له علىٰ فلان[1] ، ويجوز في الخلع والإعتاق والكتابة وعقد الذمة من الطرفين ، وكذا في الرجعة في الأصح .

قال : (**والفسوخ**) ؛ لأنه إذا جاز في العقود . . ففي حلها أولىٰ ، وذلك كالإقالة والرد بالعيب والفسخ بخيار المجلس والشرط ، لكن ما هو على الفور قد يكون في التوكيل فيه تأخير فيبطله ، إلا أنه يستثنىٰ من ذلك : التوكيل في فسخ نكاح الزائدات على العدد الشرعي كما تقدم إذا قلنا : الفرقة تحصل بالاختيار .

قال : (**وقبض الديون وإقباضها**) ؛ لعموم الحاجة إلىٰ ذلك ، ومن جملة الديون : الجزية ، وسيأتي حكم التوكيل فيها في بابها .

واحترز بـ(الديون) عن الأعيان كالمغصوب والمسروق ، فإنها وإن صح التوكيل في قبضها . . فلا يصح في إقباضها ؛ إذ ليس له دفعها لغير مالكها ، قاله الشيخ عز الدين[2] .

وأغرب من استثنىٰ قبض عوض الصرف في غيبة الموكل ؛ إذ لا دين بعد التفرق لبطلان العقد .

فروع :

يجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم .

---

(١) في هامش (ك) : (قياس ما قاله قبله أن يكفي فيه : جعلت موكلي محيلاً لك بما لك عليه من كذا بنظيره مما له علىٰ فلان) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلدَّعْوَىٰ وَٱلْجَوَابِ ، وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ ٱلْمُبَاحَاتِ كَالإِحْيَاءِ وَٱلِاصْطِيَادِ وَٱلِاحْتِطَابِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، ....

ويجوز أن يوكل الضامن في إبراء المضمون ، فإذا أبرأه.. برئا جميعاً ، وأن يوكل المضمون ، في إبراء الضامن ولا يبرأ به المضمون .

وإذا وكل في صلح الحطيطة.. فهو كالتوكيل في الإبراء عن بعض الدين .

قال : (**والدعوىٰ والجواب**) سواء كان ذلك لعذر أو غيره ، رضي بذلك خصمه أم لم يرض ، وليس للخصم الامتناع من مخاصمة الوكيل ، وسواء كان المطلوب مالاً أو عقوبة لآدمي .

أما حدود الله تعالىٰ.. فلا يجوز التوكيل في إثباتها[١] ، وكذلك المعاصي كالقتل والسرقة لا مدخل للتوكيل فيها[٢] بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها ؛ لأن كل أحد بعينه مقصود من الامتناع منها قال تعالىٰ : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ .

قال : (**وكذا في تملك المباحات كالإحياء والاصطياد والاحتطاب في الأظهر**) كسائر أسباب الملك ، ولأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب .

والثاني : لا ؛ لأن وضع اليد وجد منه وهو سبب الملك فلا ينصرف بالنية إلىٰ غيره ، وإذا قلنا بالأظهر فاستأجر لذلك.. صح وله الأجرة ، والذي حصله للمستأجر .

أما التوكيل في الالتقاط والاغتنام.. فلا يجوز ، فإن التقط أو غنم.. كان له دون الموكل[٣] على اضطراب فيه في « المهمات »[٤] .

---

(١) في هامش (ك) : (مثلها تعازيره) .
(٢) في هامش (ك) : (يستثنىٰ منها : ما يوصف بالصحة كبيع حاضر لباد ، أووقت النداء يوم الجمعة فيصح التوكيل فيه وإن كان معصية) .
(٣) في هامش (ك) : (وهـٰذا هو المعتمد) .
(٤) في هامش (ك) : (الخلاف والاضطراب إنما هما في التوكيل في الالتقاط ، أما الاغتنام.. فلا خلاف فيه) .

لاَ فِي إِقْرَارٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ فِي ٱسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ،

قال : (**لا في إقرار في الأصح**) ؛ لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة .

والثاني : يصح كسائر أسباب الالتزام .

فعلىٰ هـٰذا : لا يلزمه شيء قبل إقرار الوكيل ، وإن قلنا بالأول . . ففي كونه مقراً بنفس التوكيل وجهان في « الشرح الكبير » من غير تصحيح ، المذكور منهما في « الحاوي الصغير » : أنه لا يكون مقراً[1] ، كما أن التوكيل بالإبراء لا يكون إبراء ، وحيث جعلناه مقراً بنفس التوكيل . . فللوكيل أن يشهد عليه إذا سمعه[2] .

وصورة التوكيل بالإقرار أن يقول : وكلتك لتقر عني بكذا ، ويعين جنس المقر به وقدره ، فإن قال : أقر عني لفلان بشيء ، فأقر . . أخذ الموكل بتفسيره ، ولو قال : أقر عني لفلان بألف له علي . . كان إقراراً بلا خلاف .

وصورة إقرار الوكيل أن يقول : أقررت عن فلان بكذا ، أو جعلت موكلي مقراً ، واختار الشيخ أن يقول : موكلي مقر بكذا .

قال : (**ويصح في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف**) ؛ قياساً علىٰ سائر الحقوق ، ولأنه قد لا يحسن الاستيفاء ، بل يتعين ذلك في حد القذف وقطع الطرف ، كما ذكره المصنف في (باب كيفية القصاص) .

وكلام المصنف يفهم المنع في حقوق الله تعالىٰ ، وهو جائز من الإمام والسيد في حد مملوكه في الحضور والغيبة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اغد يا أنيس إلى امرأة هـٰذا . . »[3] كذا استدل به الرافعي ، وفيه نظر .

أما التوكيل في إثباتها . . فقد تقدم أنه ممتنع إلا في صورة واحدة وهي دعوى القاذف على المقذوف أنه زنىٰ ؛ فإنها مسموعة ويصح التوكيل في إثباتها ، قال في « الروضة » : ولا يستثنىٰ إلا هـٰذه المسألة .

---

(١) في هامش (د) : (والراجح : أنه يكون مقراً كما في « الروضة » [٤/٢٩٢]) .
(٢) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .
(٣) أخرجه البخاري (٢٣١٥) ، ومسلم (١٦٩٨) .

وَقِيلَ : لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ ٱلْمُوَكِّلِ . وَلْيَكُنِ ٱلْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُوماً مِنْ بَعْضِ ٱلْوُجُوهِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، فَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي ، أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ : فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي . . صَحَّ ، . . . .

قال : (**وقيل : لا يجوز إلا بحضرة الموكل**) ؛ لاحتمال العفو في الغيبة وبه أفتى البغوي ، وهو قول لا وجه ، وكان ينبغي أن يقول : (وفي قول) والأظهر : الجواز مطلقاً ، واحتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا ثبت ببينة ؛ فإنه لا يمتنع الاستيفاء في غيبتهم ، وسواء جوزنا أم لا ، إذا استوفاه الوكيل وقع الموقع ، كما لو وكله في البيع توكيلاً فاسداً فباع . . صح البيع ، وإن استوفاه بعد العفو جاهلاً بالعفو . . وجبت الدية في الأصح .

قال : (**وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه**) ؛ لئلا يعظم الغرر .

قال : (**ولا يشترط علمه من كل وجه**) ؛ لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها .

قال : (**فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو فوضت إليك كل شيء . . لم يصح**) ؛ لأنه غرر عظيم ، وقال الشيخ نصر المقدسي : لو وكله في شراء ما شاء . . لم يصح ؛ لأنه قد يعجز عنه لكثرته[1] .

ويجمع (قليل) علىٰ قلل كسرير وسرر وقليب وقلب .

قال : (**وإن قال : في بيع أموالي وعتق أرقائي . . صح**) ؛ لأن الغرر فيه أقل ، وهٰكذا استيفاء ديوني واسترداد ودائعي وقضاء ديوني ، ولا يشترط أن تكون أمواله معلومة ، ولا ديونه ، ولا من هي عليه خلافاً للقاضي والبغوي ومجلي .

ولو قال : بع بعض مالي أو طائفة منه أو سهماً . . لم يصح ؛ لجهالته ، بخلاف ما لو قال : أبرىء فلاناً عن شيء من مالي فإنه يصح ، ويبرئه عن قليل منه كما صرح به المتولي وغيره[2] ، فإن قال له : زوجني امرأة ولم يعينها . . ففيه خلاف واختلاف تصحيح[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (الأصح : عدم الجواز كما ذكره النووي في « الوكالة ») .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ. . وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ ، أَوْ دَارٍ. . وَجَبَ بَيَانُ ٱلْمَحِلَّةِ وَٱلسِّكَّةِ ، . . . .

وقال القاضي حسين[1] إذا قال : طلق من نسائي من شئت . . لا يطلق الجميع في أصح الوجهين ، ولو قال : طلق من نسائي من شاءت . . فله أن يطلق كل من اختارت الطلاق .

وفرق بما ليس ببين وشبهه بقوله : أيُّ عبيدي ضربك أو ضربته ، وهي مسألة مشهورة عند الحنفية ، ومذهبنا أنه لا فرق في ذلك .

فرع :

في « الروضة » قال أصحابنا : إذا قال : بع هـٰذا العبد أو هـٰذا . . لم يصح .

قال الشيخ : هـٰذا ظاهر إذا حمل على التردد في التوكيل كأنه قال : وكلتك إما في هـٰذا وإما في هـٰذا[2] ، أما إذا أراد بيع أحدهما . . فينبغي أن يصح على الصحيح ، كما لو قال : بع من شئت منهما ، ولا يبيع المجموع .

قال : (**وإن وكله في شراء عبد . . وجب بيان نوعه**) كتركي أو هندي تقليلاً للغرر ؛ فإن الأغراض تختلف بذلك ، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي في السلم ولا ما يقرب منها بالاتفاق ، وقيل : لا يجب .

هـٰذا إذا لم يقصد الشراء للتجارة ، فإن قصدها . . لم يشترط بيان النوع ولا الجنس ، فلو وكله في شراء عبد فاشترىٰ من يعتق على الموكل . . صح و وقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ؛ لأن اللفظ شامل ، بخلاف القراض ؛ فإن مقصوده الربح فقط ، ونقل الإمام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترىٰ بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة .

قال : (**أو دار . . وجب بيان المحلة والسكة**) ؛ لاختلاف الغرض بذلك .

و(المحلة) : الحارة ، و(السكة) بكسر السين : الزقاق .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

لاَ قَدْرِ ٱلثَّمَنِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ مِنَ ٱلْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ ؛ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا ، أَوْ فَوَّضْتُهُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ : بِعْ أَوْ أَعْتِقْ . . حَصَلَ ٱلإِذْنُ . . . .

وفهم من (المحلة) البلد بالضرورة ، ويعين في الحانوت السوق .

قال : (**لا قدر الثمن في الأصح**) أي : في هـٰذه المسألة والتي قبلها ؛ لأن غرضه قد يتعلق بواحد ما من ذلك النوع نفيساً كان أو خسيساً .

والثاني : يشترط بيان قدره أو غايته بأن يقول : من مئة إلىٰ ألف .

كل هـٰذا إذا قصد القنية ، فإن قصد التجارة . . لم يشترط بيان شيء من ذلك كما تقدم ، بل يكفي أن يقول : اشتر بهـٰذا ما شئت من العروض ، أو ما رأيته مصلحة .

فرع :

قال : اشتر لي عبداً تركياً صفته كذا بما شئت ، قال الشيخ : ينبغي تقييده بثمن المثل[1] ؛ لأن تجويز الزيادة علىٰ ذلك غرر كالوكالة العامة ، وكذا لو قال : بما شئت من ثمن المثل وأكثر . . لا يسمع منه .

قال : وينبغي التنبه لذلك ؛ فإنه يقع كثيراً في الوكالة ويثبتها القضاة ولا ينتبهون لذلك ، أما لو قال : بع هـٰذا العبد بما شئت من الأثمان قليلها وكثيرها . . فإنه يصح ، وكأنه وطن نفسه علىٰ أقل شيء فلا غرر فيه ، أما فساد الوكالة بالكلية . . فلا يظهر .

قال : (**ويشترط من الموكل لفظ يقتضي رضاه ؛ كوكلتك في كذا ، أو فوضته إليك ، أو أنت وكيلي فيه**) كما يشترط الإيجاب في سائر العقود ، ولأن الشخص ممنوع من التصرف في ملك غيره حتىٰ يأذن له .

قال : (**فلو قال : بع أو أعتق . . حصل الإذن**) قال الرافعي : ولا يكاد هـٰذا يسمىٰ إيجاباً ، بل قائم مقام الإيجاب ، ولا يكفي قوله : عولت عليك أو اعتمدت .

ولو أكرهه علىٰ بيع ماله ففعل . . صح ؛ لحصول الإذن كما تقدم في (البيع) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ لَفْظاً ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ ٱلْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ ، دُونَ صِيغِ ٱلأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ . وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي ٱلأَصَحِّ . .

وإذا قلنا بالأصح ـ وهو عدم اشتراط القبول ـ فوكله والوكيل لا يعلم. . ثبتت وكالته في الأصح .

فعلىٰ هٰذا : إذا تصرف. . كان كبيع مال أبيه علىٰ ظن حياته ، وفي انعقاد الوكالة بالإيجاب والاستيجاب خلاف البيع ، ولو قيل : إنها أولىٰ بالانعقاد. . لم يبعد ؛ لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع .

قال : (**ولا يشترط القبول لفظاً**) ؛ لأنها إباحة كإباحة الطعام لا تفتقر إلىٰ قبول لفظي .

واحترز بقوله : (لفظاً) عن الرضا فلا بد منه ، صرح به الرافعي ، حتىٰ لو رد. . بطلت ، وهو ينافي ما تقدم من عدم اشتراط العلم ، فإن الرضا يستلزم العلم ، فالمشروط إذن في دوام الوكالة عدم الرد لا الرضا .

قال : (**وقيل : يشترط**) ؛ لأنها إثبات سلطنة للوكيل .

قال : (**وقيل : يشترط في صيغ العقود كوكلتك ، دون صيغ الأمر كبع و أعتق**) نظراً إلى الصيغة .

وقال الغزالي : إنه أعدل الوجوه ، فإن قلنا باشتراط اللفظ. . لم يجب الفور ، وقيل : يجب ، وقيل : يكفي المجلس ، وسيأتي في (كتاب الطلاق) : إذا قلنا : التفويض إليها توكيل. . لا يشترط الفور في الأصح ، فمسألة الفور تؤخذ من هناك .

وقال الروياني : تستثنىٰ ثلاث صور يكون القبول فيها على الفور :

أحدها : أن يعين الموكل زمان العمل ويخاف فوته .

الثانية : أن يعرضها الحاكم عليه بعد ثبوتها عنده .

الثالثة : أن يوكله في إبراء نفسه .

قال : (**ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح**) كالقراض وسائر العقود .

والثاني : يصح كالوصية والإمارة فإنه يصح تعليقهما ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم

فَإِنْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطاً . . جَازَ ، وَلَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ وَمَتَىٰ عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي . . صَحَّتْ فِي ٱلْحَالِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

في أمراء: مؤتة « . . . إن قتل زيد . . فجعفر ، فإن قتل جعفر . . فعبد الله بن رواحة »[١] .

ووقع في « الرافعي » هنا : إن قتل جعفر . . فزيد ، وذكرها في (الوصية) على الصواب ، وأجاب الأصحاب بأن الوصية جوزت بالمجهول والإمارة اغتفر فيها ذلك ؛ للحاجة كما جعل عمر رضي الله عنه الأمر شورىٰ بين ستة ، فإذا أفسدناها . . لم ينفذ تصرفه قبل الشرط قطعاً ، وينفذ بعد وجوده للإذن فيه .

فرع :

تصح الوكالة المؤقتة في الأصح كقوله : وكلتك في كذا إلىٰ شهر كذا ، وإذا قال الناظر : إذا مات فلان . . ففلان مكانه في وظيفته قال الشيخ : مقتضى المذهب أن ذلك فيه الوجهان ، والأصح المنع ، وكذلك إذا قال : يكون نائباً عنه في حياته مستقلاً بعد وفاته . . فإنه أولىٰ بعدم الجواز[٢] ، فإن الثاني جعل تبعاً للأول ، اللهم إلا أن يصدر مثل ذلك عن الإمام الأعظم ، فيمتثل إذا لم يخالف الشرع اتباعاً للأمر لا لصحة الولاية .

قال : (**فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً . . جاز**) قال الرافعي : بالاتفاق ؛ لأنه إنما علق التصرف فقط ، وفيه وجه حكاه في « التعجيز » .

وصورته أن يقول : وكلتك الآن ببيع هـٰذا ولا تبعه إلا بعد شهر ، فالآن ظرف للتوكيل ، وبعد شهر ظرف للتصرف ، فإذا قال : إن شاءت زينب فقد وكلتك في طلاقها . . لم يجز ، ولو قال : وقد وكلتك في طلاق هند إن شاءت . . جاز .

قال الماوردي : لأن الأول تعليق وكالة ، والثاني تنجيزها وتعليق التصرف .

قال : (**ولو قال : وكلتك ومتىٰ عزلتك فأنت وكيلي . . صحت في الحال في الأصح**) ، لأن الإذن قد وجد منجزاً .

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢٦١) ، وابن حبان (٤٧٤١) ، وأحمد (١/ ٢٥٦) ، وغيرهم .
(٢) في هامش (ك) : (ليس كما قال ، بل عبارة السبكي : وأولىٰ ؛ أي : بالجواز) .

وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلاً بَعْدَ ٱلْعَزْلِ ٱلْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا ، وَيَجْرِيانِ فِي تَعْلِيقِ ٱلْعَزْلِ .

والثاني : لا يصح ؛ لاشتمالها علىٰ شرط التأبيد وهو : إلزام العقد الجائز ، وللخلاف شروط :

أحدها : أن يأتي بصيغة الشرط مثل : علىٰ أني كلما ، أو بشرط أني كلما .

الثاني : أن يصل التعليق بالتولية ، فلو فصله . . صحت الوكالة قطعاً .

الثالث : أن يعلق بما يقتضي التكرار كـ(كلما) بخلاف (متىٰ) التي عبر بها المصنف و(مهما) التي عبر بها في « المحرر » و« الشرحين » ، وسيأتي في (كتاب الخلع) كلام حسن يتعلق بلفظة (مهما) .

الرابع : أن يقول : وكلما عزلتك بنفسي أو بغيري ؛ لإمكان العزل بتكرر الصيغة أو التوكيل .

قال : (**وفي عوده وكيلاً بعد العزل الوجهان في تعليقها**) والأصح : أنه لا يعود ؛ لأن الأصح فساد التعليق .

والثاني : يعود إذا قلنا بصحة تعليقها .

ومحل الخلاف : إذا عزله وعلم بعزله ، أو قلنا : إنه ينعزل قبل أن يعلم[1] ، وإلا . . فهو باق علىٰ وكالته الأولىٰ .

قال : (**ويجريان في تعليق العزل**) وأولىٰ بالقبول ؛ لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً ، ومراده الوجهان في صحة تعليق الوكالة في قوله : (ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح) .

تتمة :

إذا علق الوكالة على العزل فعزله وقلنا بعود الوكالة . . فالطريق في عزله أن يوكل من يعزله ، فإن كان تعليقه شاملاً للتوكيل أيضاً ، فإن كان بصيغة لا تقتضي التكرار . . فلعزله طريقان :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

ٱلْوَكِيلُ بِٱلْبَيْعِ مُطْلَقاً لَيْسَ لَهُ ٱلْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ ، . . . .

أحدهما : أن يكرر العزل فيقول : عزلتك عزلتك ، فإنه ينعزل بالأولىٰ ويعود وينعزل بالثانية ولا يعود .

والثاني : أن يعلق العزل علىٰ عود الوكالة فيقول : كلما عدت وكيلي فأنت معزول ، فإذا صدر هـٰذا التعليق.. انعزل ؛ لأن تعليق العزل صار معارضاً لتعليق الوكالة ، والعزل معتضد بالأصل وهو الحجر في حق الغير فقدمناه .

وإن كان بصيغة تقتضي التكرار نحو (كلما).. فله طريق واحد وهو : أن يعلق العزل ، فلا يفيد التكرار ؛ لأنه كلما عزله عاد وكيلاً .

واستشكل الشيخ هـٰذا بأنه تعليق قبل الملك ؛ إذ لا يملك العزل قبل الوكالة التي لم تصدر منه فهو كقوله : إن ملكت عبداً فهو حر .

وأيضاً ما تقدم من الحيلة في عزله قد خصه الرافعي بالوجه الضعيف ، وهو تصحيح الوكالة المعلقة ، وصاحب « الحاوي الصغير » فرع علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف أيضاً ، فإنه قال : وإن أدارها.. أدار العزل ، أو كرر.. لا ، في (كلما) يعني : أن له في الصيغ التي لا تقتضي التكرار طريقين : التكرار للعزل وإدارته في (كلما) فهو تفريع على الضعيف[1] .

قال : (**فصل :**

الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغير نقد البلد) ، لدلالة القرينة العرفية عليه ، وهل المراد بلد البيع أو التوكيل؟ الظاهر : أن المراد الأول[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (يستثنىٰ منه : ما لو سافر بما وكل فيه إلىٰ بلد بغير إذن وباعه فيها.. فظاهرٌ : أن المعتبر نقد بلد حقه أن يبيع فيها) .

(٢) في هامش (ك) : (وأجيب عن الأول بأن العزل الدائر إنما يؤثر فيما يثبت فيه التصرف بلفظ الوكالة الدائرة السابق علىٰ لفظ العزل ، لا فيما يثبت بلفظ الوكالة المتأخر عنه ؛ إذ لا يصح إبطال العقود قبل عقدها ، وعن الثاني بأن الوكالة وإن فسدت بالتعليق على الصحيح.. فالتصرف نافذ للإذن فاحتيج إلىٰ ذلك ؛ ليبطل الإذن) .

وَلاَ بِنَسِيئَةٍ ، وَلاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ ، وَهُوَ : مَا لاَ يُحْتَمَلُ غَالِباً . . . .

ولو لم ينص له علىٰ بلد . . وجب بيعه في بلد التوكيل ، إلا أن تقتضي قرينة غير ذلك .

ولو كان بالبلد نقدان . . لزم البيع بأغلبهما ، فإن استويا في المعاملة . . باع بأنفعهما للموكل ، فإن استويا . . تخير .

وقيل : يشترط البيان ، أما إذا كان غرض الموكل الاسترباح لا غير كما يعتاده التجار في بضائعهم ، إذا جرت العادة بالمبادلة بالسلع دون البيع بالنقد . . فالأشبه جوازه[1] ، لا سيما إذا كان نقد تلك البلد لا يروج بغيره ، ولا شك في جوازه في ناحية لا أثمان فيها كبعض بلاد الخطا والترك .

والفلوس وإن راجت رواج النقود لها حكم العروض لا يجوز البيع بها .

قال : (**ولا بنسيئة**) وإن كان قدر ثمن المثل ؛ لأن الإطلاق يقتضي الحلول .

قال : (**ولا بغبن فاحش ، وهو : ما لا يحتمل غالباً**) كالوصي والوكيل بالشراء أيضاً ليس له أن يشتري بالغبن الفاحش ، أما اليسير . . فيغتفر كالدرهم من العشرة ، والصواب : الرجوع في ذلك إلى العرف .

واحترز بقوله : (مطلقاً) عما إذا نص عليه الموكل فإنه يجوز ؛ لأن المنع كان لأجله فزال بإذنه .

وقوله : (ليس له) صريح في المنع ، فلو فعل . . بطل على المذهب ، وفي قول : يصح موقوفاً علىٰ إجازة الموكل .

وجوز أبو حنيفة جميع ذلك إقامة للوكيل مقام الموكل .

لنا : القياس علىٰ ما سلمه وهو الوصي والوكيل بالشراء .

فرع :

لو باع بثمن المثل وثم راغب بزيادة . . لم يصح ، ولو وجد الراغب في زمن

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ بَاعَ عَلَىٰ أَحَدِ هَـٰذِهِ ٱلأَنْوَاعِ وَسَلَّمَ ٱلْمَبِيعَ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلاً وَقَدَّرَ لَهُ ٱلأَجَلَ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَحُمِلَ عَلَى ٱلْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ . . . .

الخيار . . فالأصح : أنه يلزمه الفسخ ، فإن لم يفعل . . انفسخ .

قال : (**فلو باع علىٰ أحد هـٰذه الأنواع وسلم المبيع . . ضمن**) ؛ لأنه متعد بالتسليم ، وكيفية ضمانه علىٰ ما سبق في عدل الرهن ، وإن لم يسلم . . لم يضمن ؛ لعدم تعديه ، ثم إذا سلم وكان باقياً . . استرده ، وله بيعه بالإذن السابق ، وإن تلف . . كان للمالك أن يغرم من شاء منهما ، والقرار على المشتري .

قال : (**فإن وكله للبيع مؤجلاً وقدر له الأجل . . فذاك**) أي : فيجوز أن يبيعه إلىٰ ذلك الأجل ، ولا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان إن نص على المشتري ؛ لظهور قصد المحاباة .

قال : (**وإن أطلق . . صح في الأصح**) ؛ لصحة اللفظ .

والثاني : يبطل التوكيل ؛ لاختلاف الأغراض باختلاف الآجال .

قال : (**وحمل على المتعارف في مثله**) حملاً للمطلق على المعهود ، وسكوت المصنف عما إذا لم يكن عرف يوهم البطلان حيث لا عرف ، وليس كذلك ، بل يراعي الأنفع للموكل .

وقيل : يؤجل بما شاء .

وقيل : لا يزيد علىٰ سنة ؛ لأنه الأجل الشرعي في الزكاة والدية والجزية وغيرها .

ويلزمه إذا باع بمؤجل بيان الغريم حتىٰ لا يكون مضيعاً لحق الموكل ، فإن امتنع . . كان متعدياً ، وإن نسيه أو اشتبه عليه . . ففيه كلام يأتي في (الوديعة) إن شاء الله تعالىٰ .

والظاهر : أنه يجب عليه الإشهاد ؛ صيانة لحق موكله[1] ، خصوصاً إذا طال الأجل ، وسيأتي في تتمة الفصل ماله تعلق بهـٰذا .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ ٱلصَّغِيرِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ لِأَبِيهِ وَٱبْنِهِ ٱلْبَالِغِ ، . .

فرع :

إذا باع بمؤجل حيث يجوز السلم . . صح على المذهب ، وإذا حل الأجل . . لم يكن له قبض الثمن إلا بإذن جديد .

قال : (**ولا يبيع لنفسه وولده الصغير**) ؛ لأنه حريص بطبعه على الاسترخاص لهما ، وغرض الموكل الاجتهاد في الزيادة ، فيتنافى الغرضان .

وقيل : إن نص له الموكل علىٰ ذلك . . جاز ، وإلا . . فلا .

وقيل : يبيع لنفسه مطلقاً .

وعلى الصحيح : لو صرح بالإذن بالبيع من نفسه . . قال ابن سريج : يصح ، وقال الأكثرون : لا يصح[1] .

وكذلك لو صرح بالإذن في البيع لولده الصغير[2] ، فلو نص له على البيع من نفسه وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة . . فقال ابن الرفعة : ينبغي أن يجوز ؛ لعدم التهمة[3] ، وحكم الشراء في جميع ذلك كالبيع .

قال : (**والأصح : أن له أن يبيع لأبيه وابنه البالغ**) وكذا سائر أصوله وفروعه ومكاتبه ، كما يجوز أن يبيع من صديقه ، وكما يجوز للعم أن يزوج موليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الإذن وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج .

والثاني : لا ؛ لأنه متهم ، فأشبه ما إذا فوض إليه الإمام أن يولي القضاء من شاء ، فإنه لا يجوز له أن يفوضه إلىٰ أصله ولا إلىٰ فرعه كما قاله الرافعي في (كتاب القضاء) ، ولعل الفرق أن لنا هنا مرداً ظاهراً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (في عبارة الشارح بعض تكرار) .

(٣) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف ، والأصح المنع ، ومحجوره في ذلك كنفسه ، بدليل ما لو وكله ليهب من نفسه . . فإنه لايصح على الأصح ، وإن انتفت التهمة لاتحاد الموجب والقابل) .

وَأَنَّ ٱلْوَكِيلَ بِٱلْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ ٱلثَّمَنِ وَتَسْلِيمُ ٱلْمَبِيعِ ، وَلاَ يُسَلِّمُهُ حَتَّىٰ يَقْبِضَ ٱلثَّمَنَ ، فَإِنْ خَالَفَ . . ضَمِنَ . وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لاَ يَشْتَرِي مَعِيباً ، . . . .

وهو ثمن المثل ، أما إذا صرح له بالبيع منهما . . فيجوز بلا خلاف .

والمراد بأبيه وابنه : المستقلان ؛ لئلا يرد السفيه والبالغ المجنون ، فإنهما كالصغير .

قال : (**وأن الوكيل بالبيع**) أي : الناجز (**له قبض الثمن وتسليم المبيع**) فإنهما من توابع البيع ، فالإذن في البيع إذن فيهما .

والثاني : لا ؛ لعدم الإذن فيهما ، وقيل : له تسليم المبيع دون قبض الثمن .

أما الوكيل بالشراء . . فسيأتي في كلام المصنف القطع بأن له تسليم الثمن .

ويستثنىٰ من موضع الخلاف :

ما إذا كان الثمن مؤجلاً . . فإنه لا يقبضه قطعاً .

وما إذا كان قبضه شرطاً في صحة العقد . . فله قبضه قطعاً ، وذلك في الصرف والسلم .

وما إذا منعه من قبضه . . فليس له قبضه قطعاً ، وإن نهاه عن التسليم . . امتنع على الأصح[١] .

قال : (**ولا يسلمه حتىٰ يقبض الثمن**) ؛ للخطر الظاهر في التسليم قبله .

قال : (**فإن خالف . . ضمن**) ؛ لتقصيره ، هـٰذا إذا سلمه مختاراً ، فلو ألزمه الحاكم بتسليم المبيع قبل قبض الثمن ، وكان الحاكم يرىٰ ذلك مذهباً بدليل أو تقليد . . فلا ضمان ، وإن ألزمه جهلاً أو عدواناً ، أو أكرهه المشتري أو غيره علىٰ تسليمه . . فيظهر أنه كتسليم الوديعة كرهاً فيضمن على الأصح .

قال : (**وإذا وكله في شراء . . لا يشتري معيباً**) أي : أنه لا يجوز له شراؤه إذا علم

---

(١) في هامش (ك) : (قال في « المطلب » : كان بعض شيوخنا يحكي عن العلامة الورع طاهر خطيب مصر أنه كان يقول : إذا وكله لبيع في بلد غير بلد الموكل . . ملك القبض والإقباض جزماً ثم قال : وهو متجه ، وفي « النهاية » عن « التقريب » مايدل عليه) .

فَإِنِ ٱشْتَرَاهُ فِي ٱلذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ ٱلْعَيْبِ مَا ٱشْتَرَاهُ بِهِ . . وَقَعَ عَنِ ٱلْمُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ ٱلْعَيْبَ ، وَإِنْ عَلِمَهُ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ . . لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ ، . . . .

بعيبه ؛ لأن عليه نصح موكله ، اللهم إلا أن يكون غرض الموكل التجارة ، فإنه يصح كعامل القراض وشريك التجارة والعبد المأذون له فيها ؛ لأن الغرض الربح ، وقد يكون الربح في المعيب أكثر منه في غيره ، لا سيما العيب الخفيف .

قال : (**فإن اشتراه في الذمة وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به . . وقع عن الموكل إن جهل العيب**) ؛ لأنه يمكن استدراكه بالرد فلا ضرر عليه فيه ، ولا ينسب الوكيل إلىٰ مخالفة لجهله ؛ لأن الواجب عليه أن يشتري ما ظن سلامته ، لا ما هو سليم في نفس الأمر ، أما إذا قال : اشتر لي عبداً سليماً . . فالوجه أن لا يقع للموكل إذا اشترىٰ معيباً علم عيبه أو جهله ؛ لأنه غير المأذون فيه .

وقوله : (في الذمة) قد يوهم أنه إذا اشترىٰ بعين مال الموكل لا يقع له وليس كذلك ، بل يقع له أيضاً إذا أوقعناه له هناك ، لـٰكن ليس للوكيل الرد في الأصح ، وإنما أتىٰ بهـٰذا القيد ؛ ليحترز به عما يقتضيه كلامه بعدُ من الرد .

قال : (**وإن علمه . . فلا في الأصح**) أي : وإن ساوىٰ ما اشتراه به ؛ لأن الإطلاق يقتضي سليماً .

والثاني : يقع عنه ؛ لعدم النقصان في المالية .

والثالث : إن كان للتجارة . . وقع له ، وإن كان للقنية . . فلا ، واستحسنه الإمام .

والرابع : إن كان العيب يمنع الإجزاء في الكفارة والمبيع رقيق . . لم يقع ، وإلا . . وقع .

قال الإمام : وصاحب هـٰذا الوجه يستثني الكفر ، فإنه يمنع الإجزاء في الكفارة ويجوز للوكيل شراؤه .

قال : (**فإن لم يساوه . . لم يقع عنه**) أي : عن الموكل (**إن علمه**) ؛ لأنه يورطه في الغرم مع العلم ، فهو مخالف .

وَإِنْ جَهِلَهُ . . وقَعَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِذَا وقَعَ عَنِ ٱلْمُوَكِّلِ . . فَلِكُلٍّ مِنَ ٱلْوَكِيلِ وَٱلْمُوَكِّلِ ٱلرَّدُّ . وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ أَنْ يُوَكِّلَ بِلاَ إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّىٰ مِنْهُ مَا وُكِّلَ فِيهِ ، . . . . .

قال : (**وإن جهله . . وقع في الأصح**) أي : للموكل ، كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً .

والثاني ـ وصححه الإمام ـ : لا يقع ؛ لأن مجرد الغبن الفاحش يمنع الوقوع عن الموكل مع السلامة فمع العيب أولىٰ ، وأجاب الأصحاب بأن الغبن الفاحش لا يثبت الخيار ، وهنا يثبت الخيار بالعيب فلا ضرر .

قال : (**وإذا وقع عن الموكل . . فلكل من الوكيل والموكل الرد**) أما الموكل في حالة الجهل . . فلا خلاف فيه ؛ لأنه المالك ، والضرر لاحق به ، وأما الوكيل . . فلأنا لو لم نجوز له ذلك . . لكان المالك ربما لا يرضىٰ به ، وحينئذ يتعذر الرد ؛ لأنه على الفور ، وعن ابن سريج أنه لا يملك الرد إلا بإذن موكله .

والعيب الطارىء قبل القبض حكمه حكم العيب المقارن .

ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين التوكيل في شراء معين أو موصوف ؛ لأن الظاهر أنه إنما يريده بشرط السلامة .

ولو رضي الموكل بالعيب سقط خيار الوكيل إجماعاً ، ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل ورضاه وتقصيره .

وإذا أراد الوكيل الرد بالعيب فقال البائع : أخر حتىٰ يحضر الموكل . . لم تلزمه إجابته ، وإذا رد فحضر الموكل ورضي . . احتاج إلى استئناف شراء ، وإن لم يرد حتىٰ حضر الموكل . . فللموكل الرد إن كان قد سماه ، أو صدقه البائع علىٰ نيته .

قال : (**وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتىٰ منه ما وكل فيه**) ؛ لأنه إنما رضي به وهو كالوصي ليس له أن يوصي لـٰكن قال الجوري : لو وكله في قبض دين فقبضه وأرسله مع بعض غلمانه إلىٰ موكله . . لم يضمن ، أو مع غيرهم ضمن[١] .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف ، والأصح : أنه ليس له ذلك مطلقاً) .

وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لاَ يُحْسِنُهُ أَوْ لاَ يَلِيقُ بِهِ . . فَلَهُ ٱلتَّوْكِيلُ ، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ ٱلْإِتْيَانِ بِكُلِّهِ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى ٱلْمُمْكِنِ . وَلَوْ أَذِنَ فِي ٱلتَّوْكِيلِ وَقَالَ : وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ ، فَفَعَلَ . . فَٱلثَّانِي وَكِيلُ ٱلْوَكِيلِ ، . . . .

فائدة :

قال الشيخ : قولهم : (ليس لوكيل أن يوكل بلا إذن) هـٰذا إذا قال : وكلتك أن تبيع ، أما إذا قال : في بيعه . . فيشمل بيعه توكيله ، ففرق بين صريح الفعل و(أن) والفعل ؛ لأن (أن) والفعل تدل على الحدوث وهو معنىً تصديقي ، بخلاف المصدر الصريح ؛ فدلالته على المعنى التصوري فقط ، ويؤيده تفرقة الفقهاء في بابي (العارية) و(الإجارة) بين ملك المنفعة وأن ينتفع[1] .

قال : (**وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه أو لا يليق به . . فله التوكيل**) أي : على الأصح عملاً بالعرف ؛ إذ المقصود الاستنابة .

وقيل : لا ؛ لقصور اللفظ .

قال : (**ولو كثر وعجز عن الإتيان بكله . . فالمذهب : أنه يوكل فيما زاد على الممكن**) ؛ لأن الضرورة تدعو إلىٰ ذلك .

والثاني : لا يوكل في الممكن ، وفي الزائد وجهان .

والثالث : إطلاق الوجهين ، أما الممكن . . ففيه وجهان : أصحهما : لا ؛ لأنه لا ضرورة إليه ، وحيث وكل في صورة سكوت الموكل ينبغي أن يوكل عن موكله ، فلو وكل عن نفسه . . ففيه وجهان ، قال المصنف : الأصح : أنه لا يجوز .

ولو وكله في تصرف يطيقه فعجز عنه لمرض أو سفر . . لم يكن له التوكيل فيه ، وقال الجوري : ينبغي أن يأتي فيه الخلاف السابق فيما إذا كان التصرف لا يطيقه .

قال : (**ولو أذن في التوكيل وقال : وكل عن نفسك ، ففعل . . فالثاني وكيل الوكيل**) ؛ لأنه مقتضى الإذن .

فعلىٰ هـٰذا : ينعزل بعزل الوكيل الأول إياه ، وبموت الأول وجنونه .

---

(١) في هامش (ك) : (ما قاله الشيخ ضعيف) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَٱنْعِزَالِهِ ، وَإِنْ قَالَ : عَنِّي . . فَٱلثَّانِي وَكِيلُ ٱلْمُوَكِّلِ ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : وَفِي هَاتَيْنِ ٱلصُّورَتَيْنِ لاَ يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ ، وَلاَ يَنْعَزِلُ بِٱنْعِزَالِهِ ، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ ٱلتَّوْكِيلَ . . يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِيناً . . . .

وقيل : إنه وكيل الموكل ، وكأنه قال : أقم غيرك مقامك ، فلا ينعزل بعزل الأول له وانعزاله .

قال : (**والأصح : أنه ينعزل بعزله وانعزاله**) هـٰذا من ثمرة كونه وكيل الوكيل .

وقيل : لا ينعزل إلا بعزل موكله وهو الوكيل .

قال : (**وإن قال : عني . . فالثاني وكيل الموكل**) ؛ لأن الموكل أذن بهـٰذا الشرط .

قال : (**وكذا لو أطلق في الأصح**) ؛ لأنه تصرف تعاطاه بإذن الموكل فوجب أن يقع عنه .

والثاني : أنه وكيل الوكيل ؛ لأن المقصود من الوكيل المعاونة وتسهيل الأمر ، ولو وكله في تصرف وقال : افعل ما شئت . . لم يكن ذلك إذناً في التوكيل في الأصح المنصوص ، وكذا الحكم فيما لو قال : كل ما تصنعه جائز ، وهل يتضمن ذلك الإذن بالبيع نسيئة أو بغير نقد البلد؟ لم أره مصرحاً به ، والأقرب المنع[1] .

قال : (**قلت : وفي هاتين الصورتين**) وهما إذا قال : عني أو أطلق (**لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله**) أما الأولىٰ . . فقطعاً ، وأما الثانية . . فعلى الأصح ؛ لأنه ليس وكيلاً عنه ، ولو سكت المصنف عن هـٰذا . . لعلم من التفريع الذي قرره ، ولـٰكنه أراد زيادة إيضاح .

قال : (**وحيث جوزنا للوكيل التوكيل . . يشترط أن يوكل أميناً**) رعاية لمصلحة الموكل .

وفي « البحر » في (كتاب الوصية) وجه : أنه يجوز أن يوكل فاسقاً ، ولو وكل

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

إِلاَّ أَنْ يُعَيِّنَ ٱلْمُوَكِّلُ غَيْرَهُ ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِيناً فَفُسِّقَ . . لَمْ يَمْلِكِ ٱلْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

خائناً . . لم ينعزل ؛ لأنه قول لا أثر له إلا أن يسلم المال إليه ففيه الخلاف الآتي في انعزاله بالتعدي ، وظاهر كلامه : عدم جواز توكيل الخائن[1] وإن كان الموكل عين الثمن والمبيع منه ؛ لأنها استنابة عن الغير وهو أحد احتمالي صاحب « المطلب » .

قال : (**إلا أن يعين الموكل غيره**) فيتبع تعيينه .

والمراد : إلا أن يعين الموكل عن نفسه غير الأمين ، أما إذا عين الولي ونحوه لوكيله غير الأمين . . فإنه لا يجوز للوكيل توكيله قطعاً ، ولا توكيل غيره ؛ لأنه لم يأذن فيه .

وظاهر كلامه : أنه لو قال : وكل من شئت لا يوكل غير الأمين[2] ؛ لأنه إنما استثنى المعين والتعميم . ليس بتعيين ، لـٰكن قالوا في النكاح : إنها لو قالت : زوجني ممن شئت . . جاز تزويجها من الأكفاء وغيرهم على الصحيح ، فقياسه هـٰهنا : الجواز من الأمين وغيره ، ويمكن الفرق بأن المقصود الأعظم من الأموال الحفظ وحسن التصرف ، فإذا لم يكن الوكيل أهلاً . . كان تضييعاً محضاً ، فتبعد إرادته ، أو حمل الإطلاق عليه ، بخلاف الكفاءة ؛ فإنها صفة كمال ، فقد يتسامح بتركها ، وقد يكون غير الكفء أصلح لها من وجوه ، وحينئذ فلا يصح الإلحاق .

قال : (**ولو وكل أميناً ففسق . . لم يملك الوكيل عزله في الأصح والله أعلم**) ؛ لأنه أذن له في التوكيل دون العزل .

والثاني : نعم ؛ لأن الإذن في التوكيل يقتضي توكيل الأمناء ، فإذا فسق . . لم يجز استعماله فيملك عزله ولم يصحح الرافعي في المسألة شيئاً .

وقال في زوائد « الروضة » : أقيسهما المنع ، ثم يتعين أن يتصور ذلك بما إذا قال : وكل عني وبه صور في « الوسيط » ، وفي معناه الإطلاق ، وحينئذ فمنع العزل واضح ؛ لأنه ليس وكيلاً له .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

قَالَ : بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ . . تَعَيَّنَ ، . . . .

تتمة :

قال : بعه بكم شئت . . كان له البيع بالغبن الفاحش ، ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد .

ولو قال : بما شئت . . فله البيع بغير نقد البلد ، ولا يجوز بالغبن ولا بالنسيئة ؛ لأن (ما) للجنس .

ولو قال : كيف شئت . . فله البيع بالنسيئة ، ولا يجوز بالغبن ولا بغير نقد البلد .

ولو قال : بعه بما عز وهان . . قال المتولي : هو كقوله : بكم شئت ، وقال العبادي : له البيع بالعرض والغبن ولا يجوز بالنسيئة ، قال الرافعي : وهو أولىٰ[(١)] .

قال : (**فصل** :

قال : بع لشخص معين ، أو في زمن أو مكان معين . . تعين) هـٰذا الفصل في الوكالة المقيدة ، وما مضىٰ في المطلقة ، فإذا نص له علىٰ شخص أو زمان معين . . تعين قطعاً ، وكذا في المكان إن ظهر غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر أو النقد فيه أجود رعاية لغرض الموكل ، حتىٰ لو قال : أنفق هـٰذه الدراهم علىٰ أهلي في رمضان فأنفقها عليهم في شوال . . ضمن .

وإذا نص له علىٰ شخص معين فباع من وكيله . . لم يصح ، بخلاف قوله : زوجها من زيد ، فزوجها من وكيله ؛ لأنه لا يقبل النقل بخلاف البيع ، هـٰذا هو المنقول[(٢)] .

وقال في « المطلب » : إن تقدم قبول الوكيل وصرح بالسفارة كاشتريت هـٰذا منك لزيد فقال : بعتك . . صح ، وإن تقدم الإيجاب ثم قبل الوكيل . . لم يصح صرح بالسفارة أم لا ؛ لأن الإيجاب فاسد . اهـ

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة مؤلفه) ورمز لقول الرافعي بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

ولم أر من فرق بين أن يكون المعين ممن جرت عادته أن يبتاع ذلك الشيء بنفسه أم بوكيله ، ولو قيل بذلك لم يبعد[1] .

ومعنىٰ تعيين الزمان : أنه لا يجوز قبله ولا بعده ، وذلك متفق عليه في البيع والعتق ، وأما الطلاق . . فعن الداركي أنه يقع بعده لا قبله ، قال المصنف[2] : ولم أره لغيره ، وفيه نظر .

قال الشيخ : والقياس طرده في العتق ، فلو قال : بعه يوم الجمعة مثلاً فهل ينحصر في أول جمعة يستقبلها أو له بيعه في جمعة أخرىٰ؟ فيه نظر .

قال شيخنا : والمتجه الأول[3] ، ومحل المنع ما إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدره بأن قال : بع في سوق كذا بمئة فباع بها في غيرها . . صح[4] .

قال الشيخ[5] : وهو ظاهر إذا جوزنا البيع بها مع راغب بأزيد ، أما إذا منعنا وهو الأصح كما سيأتي . . فينبغي التعيين ؛ للنص عليه ، ولاحتمال زيادة فيه ، فإن الشيء يقصد في سوقه وتثور فيه الرغبات كثيراً ، فلو باع الوكيل في المكان المعين ليلاً . . قال القاضي حسين[6] : إن كان الراغبون فيه مثل النهار . . صح ، وإلا . . فلا[7] .

قال : (**وفي المكان وجه**)[8] : أنه لا يتعين ، فيجوز في غيره (**إذا لم يتعلق به غرض**) ؛ لأن المقصود إنما هو البيع ، وهـٰذا الوجه جزم به صاحب « التنبيه » وهو المنصوص واختاره الشيخ ، وممن جزم به الغزالي والمتولي والروياني ، ولم يصحح

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (ما بحثه الشيخ مردود) .
(٦) في هامش (ك) : (صورة المسألة : إذا لم يقدر له الثمن أما إذا قدره وبايع به فلا فرق على الأصح بين الليل والنهار) .
(٧) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٨) في هامش (ك) : (نقله الشيخ عن المناوي وكذلك الأذرعي) .

وَإِنْ قَالَ : بِعْ بِمِئَةٍ . . لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ . . . .

الرافعي في « الشرحين » شيئاً ، ومحل هٰذا الوجه إذا لم ينهه عن غيره ، فإن نهاه . . لم يصح جزماً .

فإن قيل : لو قال للمودع : احفظه في هٰذا المكان ، فنقله إلىٰ مثله . . جاز ولم يضمن إن تلف فما الفرق؟ فالجواب : أن المقصود في الوديعة الحفظ ، وهو حاصل فيهما ، بخلاف البيع فإن المقصود منه كثرة الرغبات ، وهي مختلفة باعتبار الأمكنة .

فرع :

قال : اشتر لي عبد فلان ، وكان فلان قد باعه ، فللوكيل شراؤه من المشتري ، قاله القاضي حسين[1] .

قال : (**وإن قال : بع بمئة . . لم يبع بأقل**) ولو بدانق ؛ لأنه مخالف للإذن ، بخلاف النقص عن ثمن المثل بما يتغابن به عرفاً فيما إذا أطلق فإنه يسمىٰ ثمن مثل ، ودون المئة لا يسمىٰ مئة ، وهل له البيع بمئة وهناك راغب بزيادة؟ وجهان في زوائد « الروضة » و« الشرح الصغير » أصحهما : المنع ؛ لأنه مأمور بالاحتياط .

والشراء كالبيع في جميع ما ذكرناه ، فإذا وكله في شراء عبد بمئة فاشتراه بأكثر . . لم يجز ، سواء ساواها أم لا .

وعن ابن سريج : يصح للموكل بالقدر المأذون فيه ، والوكيل ضامن للزيادة .

قال : (**وله أن يزيد**) ؛ لأنه زيادة خير ، ولأن المفهوم من ذلك عرفاً منع النقصان .

وقيل : لا يزيد ؛ لأن المالك لم يرض بعهدة الزيادة ، وربما كان له غرض من إبرار قسم ونحوه .

هٰذا كله إذا لم يعين المشتري ، فإن عينه . . لم يزد قطعاً ؛ لأنه ربما قصد إرفاقه ، إلا إذا علم خلافه بالقرينة ، ولو قال : اشتر عبد فلان بمئة فاشتراه بأقل منها . . صح .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

إلاَّ أَنْ يُصَرِّحَ بِٱلنَّهْيِ . وَلَوْ قَالَ : ٱشْتَرِ بِهَـٰذَا ٱلدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا ، فَٱشْتَرَىٰ بِهِ شَاتَيْنِ بِٱلصِّفَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَاراً . . لَمْ يَصِحَّ ٱلشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ . . فَٱلأَظْهَرُ : ٱلصِّحَّةُ وَحُصُولُ ٱلْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ . . . . . .

قال : (**إلا أن يصرح بالنهي**) فحينئذ تمتنع الزيادة لمنع المالك منها ، ولو قال : بع بمئة ولا تبع بمئة وخمسين . . فله البيع بما فوق المئة ودون المئة والخمسين .

فإن قيل : إذا قال له : خالع فلانة بكذا فله أن يزيد . . فجوابه : أن الخلع غالباً يقع عن شقاق ، وهو قرينة دالة علىٰ إرادة عدم المحاباة .

قال : (**ولو قال : اشتر بهـٰذا الدينار شاة ووصفها ، فاشترىٰ به شاتين بالصفة ، فإن لم تساو واحدة ديناراً**[1] . . **لم يصح الشراء للموكل**) ؛ لأنه لم يحصل مقصوده ، أما إذا لم يصفها . . فإن التوكيل لا يصح[2] ، والمعتبر في الوصف ما تقدم في التوكيل بشراء عبد وإن كان الأصح : أنه لا يشترط الوصف[3] ، لـٰكنه لأجل امتثال الشرط .

قال : (**وإن ساوته كل واحدة . . فالأظهر : الصحة وحصول الملك فيهما للموكل**) سواء اشتراهما بعين الدينار أم في الذمة ؛ لحديث عروة رضي الله عنه المتقدم في بيع الفضولي .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : أصلاً ، بأن قال له : اشتر لي شاة) .

(٢) في هامش (ك) : (لم يذكر الشارح الفرق بين المسألتين ، قال ابن الرفعة : قلت : قد فرق الماوردي بينهما بأن الوكيل في البيع غير موكل في قبض القدر الزائد على الألف ، فلذلك امتنع البيع بالزيادة ، والوكيل في الشراء مأمور بدفع الزيادة ، ودفع الوكيل الزائد جائز ؛ فلذلك جاز شراؤه بأقل مما عين ، وما قاله يبطل بما لو كان وكيلاً في البيع دون القبض ، فإنه لايجوز أن يبيع بأكثر من المئة مع بقاء ماذكره ، وبما لو قال : بع بمئة ولم يعين المبيع منه ، فإنه يجوز له قبض الزيادة إذا جاز قبض الثمن .
والذي يظهر من الفرق : أن البيع لما كان ممكناً من المعين وغيره . . كان التنصيص عليه دليلاً على مراعاته ، فلذلك منعنا الزيادة ، ولما لم يكن شراء العبد المعين من غير المذكور . . ضعف أن يكون التخصيص بالذكر دالاً علىٰ مراعاته ، وأنه كان يحتمل أن يكون لأجل التعريف) .

(٣) في هامش (ك) : (أي : من كل وجه ، بل يكفي من بعض الوجوه ، كما تقدم في شراء العبد) .

لَوْ أَمَرَهُ بِٱلشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ ، . . . .

والثاني : لا تقع الشاتان معاً للموكل ؛ لأنه لم يأذن إلا في شراء واحدة ، ثم ينظر : فإن اشتراهما في الذمة . . فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرىٰ للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار ، وللموكل أن ينتزع الثانية منه ويقرر العقد فيهما ؛ لأنه عقد العقد له .

وإن اشتراهما بعين الدينار فكأنه اشترىٰ واحدة له بإذنه وأخرىٰ بغير إذنه . . فيبطل العقد فيهما على المذهب .

وفي قول ثالث : إنهما يقعان للوكيل إذا وقع الشراء على الذمة .

وأهمل المصنف تبعاً للرافعي قسماً ثالثاً وهو : أن تساوي واحدة منهما ديناراً والأخرىٰ دونه ، والأصح في زوائد « الروضة » : أنهما كما لو ساوت كل واحدة منهما ديناراً ، فالشرط أن تكون إحداهما فقط تساوي ديناراً .

ومقتضىٰ عبارة « الحاوي الصغير » : إلحاق هـٰذه الصورة بما إذا نقصت كل واحدة عن الدينار .

قال : (**ولو أمره بالشراء بمعين**) أي : قال : اشتر بعينه ، كما هو في « الروضة » و« أصلها » أما إذا قال : اشتر به أو بهـٰذا . . ففي « الإفصاح » و« النهاية » : أن مقتضاه الشراء بالعين ، لـٰكن كلام الرافعي فيما إذا قال : اشتر به أو بهـٰذا الدينار شاة يقتضي التخيير بينه وبين الذمة ، وعبارة « المحرر » تقتضيه أيضاً .

ولو سلم إليه ألفاً وقال : اشتر كذا ولم يقل : بعينه ولا في الذمة . . فوجهان :

أصحهما : التخيير .

والثاني : يتعين الشراء بالعين ؛ لأن قرينة التسليم تشعر به .

قال : (**فاشترىٰ في الذمة . . لم يقع للموكل**) في الأصح ، بل يقع للوكيل وإن صرح بالسفارة في الأصح ؛ لأنه أمره بعقد ينفسخ بتلف المدفوع ، حتى لا يطالب الموكل بغيره ، وقد خالفه الوكيل فأتىٰ بعقد لا ينفسخ بالتلف ويقتضي مطالبة الموكل .

وَكَذَا عَكْسُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَمَتَىٰ خَالَفَ ٱلْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوِ ٱلشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ . . فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ ٱلْمُوَكِّلَ . . وَقَعَ لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ ٱلْبَائِعُ : بِعْتُكَ ، فَقَالَ : ٱشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ . . فَكَذَا فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : بِعْتُ مُوَكِّلَكَ زَيْداً ، فَقَالَ : ٱشْتَرَيْتُ لَهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلَانُهُ . . . . . .

قال : (**وكذا عكسه في الأصح**) بأن قال : اشتر في الذمة وأنقده فيه فاشترىٰ بعينه ، فالأصح أنه لا يقع لواحد منهما ؛ لأنه قد يقصد شراءه علىٰ وجه يسلم له وإن تلف الثمن .

والثاني : يصح للموكل ؛ لأنه أقل غرراً ، ولأنه زاد خيراً حيث لم يلزم ذمته شيئاً .

قال : (**ومتىٰ خالف الموكل في بيع ماله أو الشراء بعينه . . فتصرفه باطل**) ؛ لأنه فعل غير المأذون فيه .

قال : (**ولو اشترىٰ في الذمة ولم يسم الموكل . . وقع للوكيل**) ؛ لأن الخطاب وقع معه .

قال : (**وإن سماه فقال البائع : بعتك ، فقال : اشتريت لفلان . . فكذا في الأصح**) فيقع العقد للوكيل ؛ لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ولم يمكن صرف العقد إليه . . صار كأنه لم يسمه .

والثاني : لا يصح العقد ؛ لأنه أضافه إلى الموكل وامتنع إيقاعه عنه فيلغو ، وهما القولان في أنه إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم أو لا؟ ولهما فروع كثيرة هـٰذا منها .

قال : (**ولو قال : بعت موكلك زيداً ، فقال : اشتريت له . . فالمذهب : بطلانه**) ؛ لأن البائع لم يخاطب المشتري بالبيع ، والمخاطبة بين المتعاقدين معتبرة ؛ لأن الأحكام تتعلق بهما من الخيار وغيره ، بخلاف النكاح فإنه يصح من الولي ووكيل الزوج علىٰ هـٰذه الصيغة ، بل لا يصح إلا بها ؛ لأن التزويج للموكل لا للوكيل ، وقد تقدم أنه لو وكله في بيع عبده لزيد فباعه لوكيله . . لم يصح ؛ لما ذكرناه .

وَيَدُ ٱلْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَإِنْ تَعَدَّىٰ . . ضَمِنَ . . . .

وصيغة الخطاب المتفق علىٰ صحته في البيع أن يقول البائع : بعتك لموكلك ، فيقول : اشتريت أو قبلت له ، أو يقول الوكيل : اشتريت لموكلي فيقول : بعتك .

فروع :

الأول : لا بد في وكيل المتهب من التصريح باسم الموكل ، وإلا . . فيقع عنه لجريان الخطاب معه ، ولا ينصرف بالنية إلى الموكل ؛ لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب خاصة ، بخلاف الشراء فإن المقصود منه حصول العوض .

الثاني : قال : بعتك لنفسك ، فإن كنت تشتريه للغير . . فلا أبيعه لك ، فاشتراه للغير لم يصح بلا خلاف ، فإن وجد هـٰذا الشرط قبل العقد ثم قال : بعتك فقبل ونوىٰ موكله . . صح على الأصح[1] .

الثالث : قال الماوردي في (كتاب الأيمان) : لو وكله في شراء الخبز ، وعادته أكل البر فاشترىٰ له خبز الأرز . . لم يقع للموكل[2] ، ولو حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز ؛ لأنه لا يعتبر في الأيمان عادة الحالف ، وتعتبر في الوكالة عادة الموكل دون غيره ، وهـٰذا حسن تتقيد به إطلاقات كثيرة .

قال : (**ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل**) ؛ لأنه نائب عن المالك فإذا تلف في يده بغير تفريط . . لم يضمن ، كما لو تلف في يد المالك .

قال : (**فإن تعدىٰ . . ضمن**) كسائر الأمناء ، والتعدي يكون بالركوب واللبس والتفريط في الحفظ ونحو ذلك ، وهل يضمن بتأخير بيع ما وكل في بيعه؟ وجهان : أظهرهما عند القاضي : لا يضمن ؛ لأنه لا يجب عليه امتثال أمره[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (فرع : قال الأذرعي : لو قال : بعني هـٰذا لزيد بألف فقال : بعتك لموكلك فلان ، فقال : قبلت له . . صح ، ولو قال : بعني هـٰذا لزيد بألف فقال : بعتك . . فالظاهر الصحة ، ولم أره نصاً) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : ولعل هـٰذا فيما لا يكون تركه مفضياً إلى تلفه ، فإن كان . . فتركه حتىٰ يفسد بلا عذر تضييع . =

فرع :

في « فتاوى البغوي » : لو دفع ثوباً إلىٰ دلال ليبيعه فضاع ولم يدر أنه سرق أو سقط منه أو نسيه في موضع أو سلمه للمشتري . . ضمنه ؛ لأن الغفلة عن حفظ الأمانة حتىٰ تضيع مضمن ، وكذلك لو وضعه في موضع فنسيه ، وإنما لم يجب الضمان إذا وقع الخسران لا من جهته .

قال : (**ولا ينعزل في الأصح**) ؛ لأن الوكالة إذن في التصرف ، والأمانة حكم مترتب عليها ، ولا يلزم من ارتفاع هـٰذا الحكم بطلان أصل العقد ، بخلاف الوديعة فإنها ائتمان محض فيزول بالتعدي .

والثاني : ينعزل ؛ لأنها أمانة ترتفع بالتعدي كالوديعة ، فعلى الأول : يصح تصرفه .

ولو باع وسلم الثمن . . زال الضمان ، فلو رد عليه بعيب . . قال المتولي : عاد الضمان[1] .

ومحل الوجهين : إذا تعدىٰ بالفعل ، كما إذا باع بغبن فاحش وسلم المبيع ، فإن لم يسلم . . لم ينعزل جزماً ؛ لأنه لم يتعد فيما وكل فيه ، قاله في « البحر » .

= ويؤيده قول البغوي في « الرهن » كما قدمنا عنه : ولو دفع إليه ديناراً ليسلمه إلىٰ غريمه ، فجاء به إليه فقال : احفظه لي ، فهلك عنده . . فهو من ضمان الدافع إلى الغريم. «غزي») ورمز بالصحة لما قاله القاضي حسين .

(١) في هامش (ت) : (ولو دفع لوكيله دراهم ليشتري بها شيئاً فتصرف فيها قرضاً . . ضمنها ، ولا يشتري بدراهم نفسه ولا في الذمة ، فإن فعل . . وقع له ، فلو عادت الدراهم إليه فاشترىٰ بها للموكل . . صح ولا يضمن المشتري ، فلو رده بعيب واسترد الثمن . . عاد الضمان . « تاج ») .

وفي هامش (ك) : (وجزم به في « الشرح » و« الروضة ») ورمز بالصحة لما قاله المتولي .

وَأَحْكَامُ ٱلْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِٱلْوَكِيلِ دُونَ ٱلْمُوَكِّلِ ، فَيُعْتَبَرُ فِي ٱلرُّؤْيَةِ ، وَلُزُومِ ٱلْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ ٱلْمَجْلِسِ وَٱلتَّقَابُضِ فِيهِ ، حَيْثُ يُشْتَرَطُ ٱلْوَكِيلُ دُونَ ٱلْمُوَكِّلِ . وَإِذَا ٱشْتَرَى ٱلْوَكِيلُ . . طَالَبَهُ ٱلْبَائِعُ بِٱلثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ٱلْمُوَكِّلُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ إِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُعَيَّناً ، وَإِنْ كَانَ فِي ٱلذِّمَّةِ . . طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ : لاَ أَعْلَمُهَا ، وَإِنِ ٱعْتَرَفَ بِهَا . . طَالَبَهُ أَيْضاً فِي ٱلأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ ٱلْمُوَكِّلَ ، . . .

قال : (**وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ، ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فيه ، حيث يشترط الوكيل دون الموكل**) ؛ لأنه العاقد حقيقة ، فلو أجازه الموكل . . فللوكيل الفسخ ، وكذا خيار الرؤية إن جوزنا بيع الغائب ، بخلاف الرد بالعيب ، ومتىٰ طالب الموكل الوكيل برد ماله . . لزمه أن يخلي بينه وبينه ، فإن امتنع . . صار ضامناً كالمودع .

والمراد : أنه إذا امتنع بلا عذر ، أما لو أخر بعذر . . فلا ضمان ، والعذر هنا[1] كعذر الرد بالعيب وأزيد من ذلك[2] .

قال : (**وإذا اشترى الوكيل . . طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل**) سواء اشترىٰ بعينه أم في الذمة ؛ لتعلق أحكام العقد به وقضاء العرف بذلك ، وهٰذا هو الفارق بين جزم المصنف هنا بالتسليم وحكايته الخلاف في وكيل البائع هل يسلم المبيع ويقبض الثمن أو لا؟

قال : (**وإلا . . فلا إن كان الثمن معيناً**) ؛ لأنه ليس في يده .

قال : (**وإن كان في الذمة . . طالبه إن أنكر وكالته**) ؛ لأن العقد وقع معه ، فالظاهر أنه يشتري لنفسه .

قال : (**أو قال : لا أعلمها**) فكذلك الحكم ، وهٰذه ليست في « المحرر » ، لٰكنها في « الروضة » .

قال : (**وإن اعترف بها . . طالبه أيضاً في الأصح كما يطالب الموكل**) ؛ لأن العقد

---

(١) في هامش (ك) : (كالعذر في الوديعة) .
(٢) في هامش (ك) : (يعني : أوسع) .

وَيَكُونُ ٱلْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَٱلْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ . وَإِذَا قَبَضَ ٱلْوَكِيلُ بِٱلْبَيْعِ ٱلثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ ٱلْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ عَلَيْهِ ٱلْمُشْتَرِي وَإِنِ ٱعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ، . . . .

للموكل ، والوكيل قابل ، فخيرنا البائع في مطالبة من شاء منهما .

والثاني : أن المطالب الموكل لا غير ؛ لأن الوكيل سفير .

والثالث : المطالب الوكيل لا غير ؛ لأن أحكام العقد تتعلق به ، والعهدة من جملة الأحكام .

قال : (**ويكون الوكيل كضامن**) أي : في المطالبة والرجوع وغيرهما .

قال : (**والموكل كأصيل**) فيتعلق به ما يتعلق به ، وملخص ما قاله المصنف هنا وفي « الروضة » تبعاً « للشرحين » أن البائع لا يطالب الموكل إذا كان قد سلم الثمن إلى الوكيل ، وليس كذلك ، بل في المسألة طريقان :

أحدهما : القطع بمطالبته .

وأقيسهما : وجهان أصحهما : أن له ذلك أيضاً ، كما ذكره الرافعي في معاملات العبيد .

فرع :

الوكيل إذا اشترىٰ شراء فاسداً وقبض المبيع وتلف في يده أو في يد الموكل . . فللمالك مطالبته بضمانه ، وهو يرجع على الموكل .

قال : (**وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف في يده وخرج المبيع مستحقاً . . رجع عليه المشتري وإن اعترف بوكالته في الأصح**) ؛ لحصول التلف عنده .

والثاني : يرجع به على الموكل ؛ لأنه سفيره ويده كيده ، ونسبه القاضي إلىٰ عامة الأصحاب .

والثالث : يرجع به علىٰ من شاء منهما للمعنيين ، وهـٰذه الأوجه هي الأوجه السابقة .

ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ . قُلْتُ : وَلِلْمُشْتَرِي ٱلرُّجُوعُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ ٱبْتِدَاءً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ثم يرجع الوكيل على الموكل**) أي : بعد الغرم ؛ لأنه غره .

قال : (**قلت : وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح والله أعلم**) ؛ لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده ، وصوره الشيخ بما إذا قبض الثمن بإذن صريح ، أو بمقتضى الإذن في البيع إن جوزناه ، فإن قبضه بغير إذن و قلنا : ليس له قبضه . . فلا رجوع على الموكل ؛ إذ لم يصل إلىٰ يده ولا أذن فيه .

والوجه الثاني : لا رجوع له عليه ؛ لتلفه في يد الوكيل .

وجزم المصنف في نظيره من الرهن بتخيير المشتري بين رجوعه على العدل وبين رجوعه على الراهن والقرار عليه ، وإذا قلنا بالتخيير . . فقرار الضمان على الموكل ، والخلاف جميعه يأتي في وكيل المشتري إذا تلف المبيع في يده ، ثم ظهر استحقاقه وله مطالبة البائع قطعاً ؛ لأنه غاصب ومن يده خرج المبيع .

فرع :

قال الماوردي : أبو الطفل وولي اليتيم إذا لم يذكرا في العقد اسم الطفل . . ضمنا الثمن ، ولا يضمنه الطفل في ذمته ولا ينقدان ذلك من ماله[1] ، وإن ذكراه في العقد . . لم يلزمهما ضمان الثمن ، بخلاف الوكيل في أحد الوجهين ؛ لأن شراءهما لازم للمولىٰ عليه بغير إذنه فلم يلزم الولي ضمانه ، بخلاف الوكيل .

تتمة :

أرسل رسولاً يستقرض له فهو كوكيل المشتري ، والظاهر : أنه يطالبه ، ثم إذا غرم . . رجع على الموكل ، قاله الرافعي ووافقه الشيخ[2] .

وقال ابن الرفعة : إن صرح بالسفارة . . لم يطالب ، والمطالب الموكل ، وإن لم

---

(١) في النسخ : (ولا يضمنه الطفل في ذمته وينقدان ذلك من ماله . . .)، والتصويب من هامش (ت) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

ٱلْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ ٱلْجَانِبَيْنِ ، فَإِذَا عَزَلَهُ ٱلْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ ، أَوْ قَالَ : رَفَعْتُ ٱلْوَكَالَةَ ، أَوْ أَبْطَلْتُهَا ، أَوْ أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا . . ٱنْعَزَلَ . فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ . . ٱنْعَزَلَ فِي ٱلْحَالِ ، . . . .

يصرح بل نوىٰ وعلم المقرض أنه وكيل . . فطريقان : الأظهر : أنه يطالب ، وإن لم يعلم به المقرض . . ضمنه الوكيل قطعاً .

قال : (**فصل** :

الوكالة جائزة من الجانبين) ؛ لأن الموكل قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر ، والوكيل قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مضراً بهما جميعاً .

ولا فرق بين أن يكون بصيغة الأمر أو الإذن أو التوكيل ، ولا بين أن يتعلق بثالث ، وبخصومة أو لا ، هـٰذا إذا لم تكن بجعل ، فإن ذكرا جعلاً معلوماً ووجدت شروط الإجارة ، فإن عقدا بلفظ الإجارة . . لزمت ، أو الوكالة . . بني علىٰ أن العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها(١) .

قال : (**فإذا عزله الموكل في حضوره ، أو قال : رفعت الوكالة ، أو أبطلتها ، أو أخرجتك منها . . انعزل**) ؛ لدلالة كل من هـٰذه الألفاظ عليه ، ولأنها إما عقد جائز . . فيفسخ بالفسخ ، وإما إذن . . فيبطل برجوع من منه الإذن .

قال : (**فإن عزله وهو غائب . . انعزل في الحال**) ؛ لأنه رفع عقد لم يحتج فيه إلى الرضا ، فلم يحتج إلى العلم كالطلاق ، وكما لو جن الموكل فإنه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم ، وكما لو وكله في بيع عبد أو إعتاقه ثم باعه أو أعتقه الموكل فإنه ينعزل ضمناً ، فهـٰذا أولىٰ .

وقد روى البيهقي [٦/٨٢] : أن أمة أمر مولاها رجلاً ببيعها ، ثم أعتقها سيدها قبل أن يبيعها فقضىٰ عمر بعتقها ، ورد ثمنها وأخذ صداقها من المشتري ؛ لأنه وطئها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَفِي قَوْلٍ : لاَ حَتَّىٰ يَبْلُغَهُ ٱلْخَبَرُ . وَلَوْ قَالَ : عَزَلْتُ نَفْسِي أَوْ رَدَدْتُ ٱلْوَكَالَةَ . . ٱنْعَزَلَ . وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ ٱلتَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ ، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وإذا قلنا بهـٰذا . . فينبغي للموكل أن يشهد على العزل ؛ لأنه إذا ادعىٰ بعد التصرف أنه كان قد عزله . . لم يقبل إلا ببينة .

قال : (**وفي قول : لا حتىٰ يبلغه الخبر**) كالقاضي وكالنسخ لا يلزم المكلف قبل بلوغ الخبر ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الأئمة الثلاثة .

والجواب عن القاضي : أنه تتعلق بأحكامه مصالح كلية وعن النسخ أن الاعتداد بالعبادة حق لله تعالىٰ ، والله تعالىٰ قد شرط العلم في الأحكام بدليل أنه لم يكلف بالمستحيل ، والعقود حق للموكل ولم يشترط العلم .

وإذا قلنا بهـٰذا القول . . فالمعتبر خبر من تقبل روايته دون الصبي والفاسق ، كذا جزم به الرافعي ، ولا يبعد جريان خلاف في الصبي كروايته ، وعلى المذهب لو تلف المال في يده بعد عزله . . لم يضمن .

قال : (**ولو قال : عزلت نفسي أو رددت الوكالة . . انعزل**) وكذا كل ما كان في معناه ؛ لدلالته عليه ، وقيل : إن كانت صيغة الموكل أمراً كبع أو أعتق . . لم ينعزل .

ولقائلٍ أن يقول : كيف ينعزل بذلك مع قولهم : لا يلزم من فساد الوكالة فساد التصرف ؛ لبقاء الإذن؟

قال : (**وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت أو جنون**) ؛ لأن الأصل إذا لم يملك التصرف ففرعه أولىٰ .

قال في « المطلب » : والصواب : أن الموت ليس بعزل ، بل انتهت الوكالة إليه كالنكاح ، وقيل : إن قصر زمن الجنون بحيث لا يحوج إلىٰ نصب القوام . . لم يؤثر ، أما المطبق . . فأجمعوا على الانعزال به .

قال : (**وكذا إغماء في الأصح**) قياساً على الجنون .

والثاني : لا ينعزل كالمرض ، وصححه الإمام والغزالي في « الوسيط » ، وصحح

الأول في « الوجيز » وقال القاضي حسين : إنه ظاهر المذهب .

واختار الشيخ : أن الإغماء لا يقتضي العزل ولا يسلب الولاية ؛ لأنه مرض وإن طالت مدته لا يدوم .

لـٰكن يستثنىٰ من إطلاق المصنف : الوكيل في رمي الجمار ، فإن الأصح : أنه لا ينعزل بإغماء الموكل كما تقدم[1] .

ويحصل الانعزال أيضاً بطرآن الرق ، وطرآن حجر السفه والفلس في كل تصرف لا ينفذ من السفيه والمفلس ، وكذا ردة الموكل[2] ، والفسق فيما العدالة شرط فيه .

ولو وكل اثنين ثم عزل أحدهما ولم يعينه . . فوجهان :

أحدهما : أن لكل منهما أن يتصرف ما لم يعلم أنه المعزول .

وأصحهما : أنه ليس لواحد منهما أن يتصرف حتىٰ يبين الموكل مراده .

قال : (**وبخروج محل التصرف عن ملك الموكل**) كما إذا باعه أو أعتقه أو وقفه ؛ لاستحالة بقاء الولاية في هـٰذه الحالة ، وكذا لو وكله في بيع أمة ثم زوجها . . كان عزلاً ، وكذا لو أجرها وإن جوزنا بيع المستأجر ؛ لأن من يريد البيع لا يؤجر غالباً لقلة الرغبات في المستأجر .

فرع :

وكل عبده في بيع أو تصرف آخر ثم أعتقه ففي انعزاله احتمالان لصاحب « التنبيه » ، وهما وجهان ، وقيل : قولان ينبنيان علىٰ أنه استخدام أو توكيل :

أحدهما : ينعزل ؛ لأن أمر السيد زال بعتقه .

والثاني : لا ينعزل ، كما لو وكل زوجته ثم طلقها ، وصحح المصنف الانعزال ، فعلىٰ هـٰذا لا يشترط القبول .

(١) في هامش (ك) : (الفرق بينهما واضح ، وهو : أنه وكله للعجز وقد زاد عجزه بخلاف الأول) .

(٢) في هامش (ك) : (الراجح : عدم الانعزال بردة الموكل) .

وَإِنْكَارُ ٱلْوَكِيلِ ٱلْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي ٱلإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلاَ غَرَضَ . . ٱنْعَزَلَ . وَإِذَا ٱخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا ، أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ : وَكَّلْتَنِي فِي ٱلْبَيْعِ نَسِيئَةً ، أَوِ ٱلشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ ، فَقَالَ : بَلْ نَقْداً أَوْ بِعَشَرَةٍ . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ . . . .

ولو قال العبد عزلت نفسي . . فهو لغو .

ولو وكل عبد غيره بإذن سيده ثم عتق أو بيع . . جعله الرافعي على الخلاف ، وقال المصنف : المذهب : القطع ببقاء الوكالة .

وفي طحن الحنطة الموكل في بيعها وجهان[1] ، وأما العرض على البيع وتوكيل وكيل آخر . . فلا يقتضي انعزالاً ، وفي التوكيل وجه .

قال : (**وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان أو لغرض في الإخفاء ليس بعزل**) ؛ لأنه لم يأت بلفظ يدل على العزل ، فكان كما لو قيل له : ألك زوجة؟ فقال : لا ، فإن زوجته لا تطلق . وفي « الجواهر » : أنه المشهور في المذهب .

وقيل : ينعزل بذلك مطلقاً ، وقيل : لا ينعزل مطلقاً .

وقد أطلق الرافعي في (باب التدبير) أن الأصح : ارتفاع الوكالة بالإنكار ، وهو محمول على ما هنا ، والأوجه الثلاثة جارية في التوكيل .

قال : (**فإن تعمد ولا غرض . . انعزل**) ؛ لزوال المعنى المقتضي لعدم عزله ، ولو أنكر وقد ادعىٰ عليه بحق علىٰ موكله فقامت بينة بقبوله . . لم ينعزل ، ولم تندفع عنه الخصومة إلا أن يعزل نفسه .

قال : (**وإذا اختلفا في أصلها ، أو صفتها بأن قال : وكلتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين ، فقال : بل نقداً أو بعشرة . . صدق الموكل بيمينه**) ؛ لأن الأصل في الأولىٰ عدم الإذن ، والأصل في الثانية عدم ما يدعيه الوكيل ، والموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه ، ومن كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفة ذلك الشيء ، وإنما لم يقبل قول المالك للخياط : أمرتك بقطعه علىٰ غير هٰذا الوجه . .

---

(١) في هامش (ك) : (أرجحهما : الانعزال) .

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ ٱلْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ ، فَقَالَ : بَلْ بِعَشَرَةٍ وَحَلَفَ : فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ بِعَيْنِ مَالِ ٱلْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي ٱلْعَقْدِ أَوْ قَالَ بَعْدَهُ : ٱشْتَرَيْتُهُ لِفُلَانٍ وَٱلْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ ٱلْبَائِعُ . . فَٱلْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ . . حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ بِٱلْوَكَالَةِ وَوَقَعَ ٱلشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، وَكَذَا إِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ ٱلْمُوَكِّلَ ، وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

لتضمنه[1] إلزام الأرش للخياط ، والأصل عدمه .

قال : (**ولو اشترىٰ جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فقال : بل بعشرة**) أي : أذنت في عشرة (**وحلف : فإن اشترىٰ بعين مال الموكل وسماه في العقد أو قال بعده**) أي : بعد العقد (**اشتريته لفلان والمال له وصدقه البائع . . فالبيع باطل**) ؛ لأنه ثبت بالتسمية في الصورة الأولىٰ ، وبتصديق البائع في الثانية أن الدنانير لغير العاقد ، وثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في التصرف فيها علىٰ ذلك الوجه ، فيبطل البيع ؛ لأن الشراء بمال الغير بغير إذنه باطل ، ولا شك أن قيام البينة علىٰ ذلك ملحق بما ذكرناه .

قال : (**وإن كذبه**) أي : البائع بأن قال : إنما اشتريت لنفسك والمال لك ولا بينة .

قال : (**. . حلف علىٰ نفي العلم بالوكالة ووقع الشراء للوكيل**) أي : في ظاهر الشرع ، وسلم الثمن المعين للبائع ، وغرم الوكيل مثله للموكل .

قال : (**وكذا إن اشترىٰ في الذمة ولم يسم الموكل**) أي : ونواه ، فإن الشراء يقع للوكيل ظاهراً ، وظاهر كلام المصنف وغيره أنه لا فرق في وقوع العقد للوكيل بين أن يصرح بالسفارة أم لا ، ولا بين أن يصدق البائع الموكل أو يكذبه[2] .

قال : (**وكذا إن سماه وكذبه البائع في الأصح**) أي : كذبه في الوكالة بأن قال : سميته ولم تكن وكيلاً عنه ، كما لو اقتصر على النية .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا الفرق علىٰ رأي مرجوح) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنْ صَدَّقَهُ . . بَطَلَ ٱلشِّرَاءُ . وَحَيْثُ حُكِمَ بِٱلشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ . . يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِٱلْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ : إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا ، وَيَقُولُ هُوَ : ٱشْتَرَيْتُ ؛ لِتَحِلَّ لَهُ . . . .

والثاني : أن الشراء يبطل من أصله ، والوجهان هما الوجهان المتقدمان في قول المصنف : (وإن سماه فقال : البائع بعتك ، فقال : اشتريت لفلان فكذا في الأصح) .

قال : (**وإن صدقه . . بطل الشراء**) ؛ لاتفاقهما علىٰ أن العقد للغير ، وقد ثبت بيمين الغير أنه لم يأذن فيه .

قال : (**وحيث حكم بالشراء للوكيل . . يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل ليقول للوكيل : إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها ، ويقول هو : اشتريت ؛ لتحل له**) ولا يضر التعليق للضرورة ، وهـٰذه الكيفية ذكرها المزني ؛ لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهـٰذا الشرط فلا يضر التعرض له كما لو قال : هـٰذا عن زكاة مالي الغائب ، إن كان سالماً ثمَّ . . يجزئه ، وسواء أطلق أو علق لا يجعل ذلك إقراراً بما قاله للوكيل وتكذيباً لنفسه .

وهـٰذا واضح إذا اشترىٰ في الذمة وسماه وكذبه البائع ، أو لم يسمه ، أما إذا اشترىٰ بالعين وكذبه ، فإن كان الوكيل صادقاً . . فالملك للموكل ، وإلا . . فللبائع ، فينبغي للحاكم أن يرفق بهما جميعاً ، وهـٰذا الرفق لا يجب على الحاكم ، ولا يجب على البائع أن يجيبه إليه .

وقيل : لا يصح التعليق ، وطريقه أن يجزم بالبيع ولا يكون مقراً بذلك .

ولو أقام الوكيل بينة بما ادعاه . . لزم الشراء للموكل ، وهل يحل له وطؤها؟ فيه وجهان[1] .

وإن أقام الموكل بينة . . لم تسمع ؛ لأنها تشهد علىٰ نفي الإذن في الشراء بعشرين ، ولا سبيل إلىٰ معرفته .

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : لا) .

وَلَوْ قَالَ : أَتَيْتُ بِٱلتَّصَرُّفِ ٱلْمَأْذُونِ فِيهِ ، وَأَنْكَرَ ٱلْمُوَكِّلُ . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلْوَكِيلُ . . . .

وإن أقر الموكل بالإذن بعد الإنكار . . حلت له قطعاً ؛ لجواز نسيانه ، وإذا أنكر ونكل عن الحلف فحلف الوكيل . . قال القاضي الطبري : الحكم كما لو قامت عليه بينة[1] .

ولو اشترىٰ جارية لموكله فقال الموكل : التي أذنت في شرائها جارية غير هـٰذه . . فالقول قوله ، فإن حلف بقيت الجارية المشتراة في يد الوكيل ، والحكم كما مر في المسألة قبله .

وإن أذن له في أن يقبل له نكاح امرأة فادعىٰ أن التي قبل نكاحها له غير المأذون فيها . . بطل النكاح قطعاً ، فلو كان الوكيل ضمن المهر . . غرمه ، وهل يلزمه جميعه أو نصفه؟ فيه وجهان[2] .

قال : (**ولو قال : أتيت بالتصرف المأذون فيه ، وأنكر الموكل . . صدق الموكل**) ؛ لأن الأصل عدم التصرف وبقاء الملك .

قال : (**وفي قول : الوكيل**) ؛ لأن الموكل قد ائتمنه فعليه تصديقه ، وصححه جماعة ، وقال الإمام في (باب الرجعة) : من أنكر هـٰذا القول . . كان هاجماً علىٰ خرق الإجماع .

ومحل هـٰذا الخلاف إذا كان النزاع قبل العزل ، فإن كان بعده . . لم يقبل إلا ببينة قطعاً .

فرع :

في « فتاوى البغوي » : لو قال الموكل : باع وكيلي بغبن فاحش ، وقال المشتري : بل بثمن المثل . . فالقول قول الموكل ، فلو أقاما بينتين . . فبينة المشتري أولىٰ ؛ لأن معها زيادة علم وهو انتقال الملك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (أصحهما ثانيهما) .

وَقَوْلُ ٱلْوَكِيلِ فِي تَلَفِ ٱلْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا فِي ٱلرَّدِّ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ . . فَلاَ . وَلَوِ ٱدَّعَى ٱلرَّدَّ عَلَىٰ رَسُولِ ٱلْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ ٱلرَّسُولُ . . صُدِّقَ ٱلرَّسُولُ ، وَلاَ يَلْزَمُ ٱلْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ ٱلْوَكِيلِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

قلت : لعل البغوي إنما قال هـٰذا لأنه يرىٰ في البيع أن القول قول مدعي الفساد ، وهو خلاف الأصح المنصوص[١] ، وسيأتي نظير ذلك في خاتمة (كتاب الكتابة) .

قال : (**وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه**) ؛ لأنه أمين فيصدق في التلف ، كالمودع وغيره من الأمناء ، ومقصوده بقبول القول عدم الضمان ، فإن الغاصب وغيره ممن يده يد ضمان يصدق أيضاً في دعوى التلف كما سيأتي في بابه .

وصورة المسألة : أن يطلق التلف ، فإن أسنده إلىٰ سبب . . فلا بد من التفصيل المذكور في (الوديعة) .

قال : (**وكذا في الرد**) ؛ لأنه إن كان بغير جعل . . فقد أخذ المال لمحض غرض المالك فكان كالمودع ، وإن كان بجعل . . فهو إنما ينتفع بالعمل في العين لا بنفس العين ، وخصه في « المطلب » بما قبل العزل ، أما بعده . . فلا يقبل ، ومقتضىٰ إطلاق الرافعي والمصنف و« الكفاية » عدم الفرق[٢] .

قال : (**وقيل : إن كان بجعل . . فلا**) ؛ لأنه أخذه لغرض نفسه فأشبه المرتهن .

ويؤخذ من عبارة المصنف أنها تجوز بغير جعل وبجعل ، لـٰكن يشترط أن يكون معلوماً ، فإن قال : بع هـٰذا ولك عشر ثمنه ، أو من كل مئة درهم من ثمنه . . لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله .

قال : (**ولو ادعى الرد علىٰ رسول الموكل وأنكر الرسول . . صدق الرسول**) ؛ لأنه لم يأتمنه .

قال : (**ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح**) ؛ لأنه يدعي الرد علىٰ من لم يأتمنه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ قَالَ : قَبَضْتُ ٱلثَّمَنَ وَتَلِفَ ، وَأَنْكَرَ ٱلْمُوَكِّلُ . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ ٱلْمَبِيعِ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَالَ : قَضَيْتُهُ ، وَأَنْكَرَ ٱلْمُسْتَحِقُّ . . صُدِّقَ ٱلْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ ٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ . . . .

والثاني : يلزمه التصديق ؛ لأن يد رسوله كيده فكأنه يدعي الرد عليه ، فلو اعترف الرسول بالقبض وادعى التلف في يده . . لم يلزم المالك الرجوع إليه .

قال : (**ولو قال : قبضت الثمن وتلف**) أي : والغرض أن له ولاية قبضه بالتنصيص أو الإطلاق (**وأنكر الموكل . . صدق الموكل إن كان قبل تسليم المبيع**) ؛ لأن الأصل بقاء حقه .

ولو انعكست الدعوىٰ فقال الموكل : أنت قبضت الثمن فادفعه إلي ، وقال الوكيل : لم أقبضه . . صدق الوكيل ، وليس للموكل طلبه من المشتري ؛ لاعترافه ببراءة ذمته .

قال : (**وإلا**) أي : وإن كانت دعواه تلف الثمن بعد تسليم المبيع (. . **فالوكيل على المذهب**) ؛ لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة بالتسليم قبل قبض الثمن ، ويلزمه الضمان والوكيل ينكره ، فأشبه ما إذا قال الموكل : طالبتك برد المال فامتنعت بلا عذر إلىٰ أن تلف المال ، وقال الوكيل : لم تطالبني ولم أقصر . . فإن القول قوله .

قال : (**ولو وكله بقضاء دين ، فقال : قضيته ، وأنكر المستحق . . صدق المستحق بيمينه**) ؛ إذ الأصل عدم القضاء ، ولأنه لم يأتمن الوكيل حتىٰ يلزمه تصديقه ، فإذا حلف . . طالب الموكل بحقه ، وليس له مطالبة الوكيل .

قال : (**والأظهر : أنه لا يصدق الوكيل على الموكل إلا ببينة**) ؛ لأنه أمره بالدفع إلىٰ من لم يأتمنه فكان من حقه الإشهاد عليه .

والثاني : يصدق ؛ لأنه ائتمنه فأشبه ما إذا ادعى الرد عليه ، فلو دفع بحضرة الأصيل . . فلا رجوع للموكل عليه في الأصح ، وإن دفع في غيبته . . رجع ، سواء صدقه الموكل بالدفع أم لا على الصحيح ؛ لتقصيره ، فلو قال : دفعت بحضرتك . . صدق الموكل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الحضور حينئذ .

وَقَيِّـمُ ٱلْيَتِيمِ إِذَا ٱدَّعَىٰ دَفْعَ ٱلْمَـالِ إِلَيْهِ بَعْدَ ٱلْبُلُوغِ . . يَحْتَاجُ إِلَىٰ بَيِّنَةٍ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

ولو أشهد الوكيل شهوداً فماتوا أو جنوا أو غابوا . . فلا غرم ، وإن أشهد واحداً أو مستورين . . فوجهان[١] .

قال المتولي : والقول قوله في الإشهاد[٢] .

ولو اختلفا فقال الوكيل : دفعت بحضرتك وأنكر الموكل . . فالقول قول الموكل مع يمينه[٣] .

قال : (**وقيم اليتيم إذا ادعىٰ دفع المال إليه بعد البلوغ**) أي : وإيناس الرشد (. . **يحتاج إلىٰ بينة على الصحيح**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ فدل علىٰ أنهم لو جحدوا احتاج إلى البينة ، ولأنه لم يأتمنه ، وقد صرح الغزالي في « الوسيط » في آخر (الوديعة) بوجوب الإشهاد ، ويخالف الإنفاق فإنه يعسر إقامة البينة عليه .

والثاني : لا يحتاج إليه فإنه أمين فأشبه المودع ، وتحمل الآية على الإرشاد .

تنبيه :

مراد المصنف بـ(قيم اليتيم) : منصوب القاضي فقط ، فإن الأب لا يتم معه ، والجد في معناه ، والوصي قد ذكره في آخر الوصية وجزم فيه بأنه لا يصدق ، وإذا قبلنا قول الولي . . فلا بد من يمينه ، فإذا نكل . . حلف المحجور عليه وغرم .

وولي السفيه والمجنون إذا ادعىٰ دفع المال بعد رشده كولي الطفل فيما ذكرناه ، وأما الحاكم . . فالأصح : أنه كالأب والجد ، ومحل هـٰذا في القاضي العدل الأمين[٤] ، أما غيره . . فلا ، ومحله إذا ادعاه في حال قضائه ، أما بعد عزله . . فلا .

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : لا غرم) .
(٢) في هامش (ك) : (الأصح : أن القول قول الموكل) .
(٣) في هامش (ك) : (هـٰذه مكررة تقدمت قريباً جداً) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلاَ مُودَعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ ٱلْمَالِكِ : لاَ أَرُدُّ ٱلْمَالَ إِلاَّ بِإِشْهَادٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ٱلرَّدِّ ذَلِكَ . . . .

قال : (**وليس لوكيل ولا مودع أن يقول بعد طلب المالك : لا أرد المال إلا بإشهاد في الأصح**) ؛ لأن قوله في الرد مقبول .

والثاني : له ذلك كيلا يحتاج إلى اليمين ؛ فإن الأمناء يحترزون عنها ما أمكنهم .

والثالث : إن كان التأخير إلى الإشهاد يورث تعويقاً . . لم يكن له الامتناع ، وإلا كان له ذلك .

والرابع : إن كان عليه بينة . . فله ذلك ، وإلا . . فلا .

قال : (**وللغاصب ومن لا يقبل قوله في الرد**) كالمستعير والمضارب والوكيل بجعل والشريك[1] (**ذلك**) أي : التأخير إلى الإشهاد ؛ لأنه يحتاج إلىٰ بينة الأداء إن توجهت عليه بينة الأخذ ، هـٰذا إذا كانت عليه بينة ، فإن لم تكن بينة . . فوجهان : أصحهما عند البغوي : أن له أن يمتنع من الأداء ؛ لأن قوله في الرد غير مقبول[2] .

والثاني : المنع ؛ لأنه يمكنه أن يقول : ليس عندي شيء ويحلف عليه ، وهو الذي أورده العراقيون .

تنبيهان :

أحدهما : المديون في هـٰذا الحكم كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان ، فله أن يمتنع من أداء الدين إلى الإشهاد ، وهـٰذه تندرج في كلام المصنف ، وما أحسن قول « الحاوي الصغير » : ولغير المصدق في الأداء طلب الإشهاد .

الثاني : استشكل ابن الرفعة والقمولي والشيخ جواز التأخير للغاصب ؛ لأن التوبة واجبة على الفور ، وهي متوقفة على الرد[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (التمثيل بما بعد المستعير علىٰ رأي مرجوح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ت) : (وقد يجاب بالاكتفاء منه بالعزم على الرد في الفور ، والتأخير إنما جاز لما هو من ضروراته ، ويرجع إلىٰ قاعدة : « الضرر لا يزال بالضرر » فإن في التأخير ضرراً على=

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : وَكَّلَنِي ٱلْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ . . فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ . . . .

قال : (**ولو قال رجل : وكلني المستحق بقبض ما له عندك من دين أو عين وصدقه . . فله دفعه إليه**) ؛ لأنه محق بزعمه .

قال : (**والمذهب : أنه لا يلزمه إلا ببينة علىٰ وكالته**) ؛ لاحتمال إنكار الموكل الوكالة .

وقال المزني : يلزمه ؛ لاعترافه باستحقاقه الأخذ .

وعبر بـ(المذهب) ؛ لأن المنصوص هنا : أنه لا يجب ، ونص فيما إذا ادعىٰ أنه وارثه وصدقه أنه يجب ، فقيل : قولان ، والأصح : تقريرهما ، والفرق ما سيأتي من اعترافه بانتقال الحق إلى الوارث .

واحترز بقوله : (وصدقه) عما إذا لم يصدقه بأن كذبه أو قال : لا أعلم ، فلا يكلف الدفع إليه ، فإن دفع ثم حضر المستحق وحلف علىٰ نفي الوكالة . . غرم الدافع ، وكان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً ؛ لأنه لم يصرح بتصديقه وإنما اعتمد قوله .

وإذا ادعىٰ عند القاضي أنه وكيل زيد ، فإن كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه . . قال الرافعي تثبت الوكالة وله مخاصمته[1] ، وقال الروياني : مذهب الشافعي رضي الله عنه : أن الحاكم لا يسمع مخاصمتهما ؛ لما فيه من إثبات الحجة علىٰ صاحبها .

ومن قال : أنا وكيل في بيع أو نكاح وصدقه من يعامله . . صح العقد ، فلو قال بعد العقد : لم أكن وكيلاً . . لم يلتفت إليه .

= المالك ، ولا يزال بالضرر العائد على الغاصب ، والله أعلم) .

وفي هامش (ك) : (وأجيب عنه بأن زمن الإشهاد يسير ، فاغتفر لما يترتب عليه من المصلحة) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ قَالَ : أَحَالَنِي عَلَيْكَ ، وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ ٱلدَّفْعُ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : وَإِنْ قَالَ : أَنَا وَارِثُهُ ، وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ ٱلدَّفْعُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ولو قال : أحالني عليك ، وصدقه . . وجب الدفع في الأصح**) ؛ لأنه اعترف بانتقال الحق إليه فأشبه الوارث .

والثاني : لا ؛ لاحتمال إنكار صاحب الحق ، واختاره ابن أبي عصرون .

قال : (**قلت : وإن قال : أنا وارثه ، وصدقه . . وجب الدفع على المذهب والله أعلم**) ؛ لاعترافه بانتقال الحق .

قال ابن الرفعة : هٰذا إذا قال مع ذلك : لا وارث له غيري وبين جهة الوراثة ، كما قيده القاضي حسين في « الفتاوىٰ »[1] .

والطريق الثانية ذات قولين كما تقدم .

ولو قال : مات فلان وله عندي كذا وهٰذا وصيه . . فهو كما لو قال : هٰذا وارثه ، ولو قال : أوصىٰ له به . . فهو كإقراره بالحوالة .

تتمة :

أمره بشراء عبد لم يجز أن يشتري بعضه وإن كان بغبطة مثل أن يقول : اشتره بألف ، فاشترىٰ نصفه بأربع مئة . . لم يصح ، وهٰذا لا خلاف فيه إذا اقتصر عليه ، ولٰكن لو اشترى النصف الثاني بأربع مئة أخرىٰ هل ينقلب الجميع إلى الموكل بعد انصرافه عنه؟ فيه وجهان : أصحهما : المنع ، وقال الإمام إن ما عداه هذيان ، وقال ابن الرفعة : إنه في ذلك هاجم علىٰ أئمة المذهب ، ثم شرع يوجه ذلك .

قلت : وما قاله الإمام وغيره محله إذا كان العبد لواحد[2] ، فإن كان لاثنين ووكله في شرائه . . فإنه إذا اشترىٰ نصفاً ونصفاً ينبغي أن يصح قطعاً ، ولم أر من تعرض لذلك .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

خاتمة

الوكيل باستيفاء حق هل يثبته؟ وبإثباته هل يستوفيه عيناً كان أو ديناً؟ فيه أوجه :

أصحها : لا .

والثاني : نعم .

والثالث : يثبت ولا يستوفي ، ولو كان الحق قصاصاً أو حداً . . لم يستوفه على المذهب .

ولو أمره بالبيع مؤجلاً . . لم تلزمه المطالبة بعد الأجل ، ولـٰكن عليه بيان الغريم .

ولو قال : ادفع هـٰذا لصانع ، فقال : دفعته ، فطالبه المالك ببيانه . . لزمه البيان ، فإن امتنع . . صار متعدياً ، حتىٰ لو بينه بعد ذلك وكان تلف في يد الصانع . . لزمه الضمان .

* * *

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار

في اللغة : الإثبات ، من قولهم : قر الشيء يقر قراراً إذا ثبت .

وفي الشرع : إخبار عن وجوب حق عليه بسبب سابق ، فإن كان بحق له علىٰ غيره . . فهو الدعوىٰ ، وإن كان بحق لغيره علىٰ غيره . . فهو الشهادة ، هـٰذا إذا كان خاصاً ، فإن اقتضىٰ شرعاً عاماً ، فإن كان عن أمر محسوس . . فهو الرواية ، وإن كان عن حكم شرعي . . فهو الفتوىٰ ، ويسمى الإقرار اعترافاً .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ﴾ .

وقوله : ﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ وفسرت شهادة المرء علىٰ نفسه بالإقرار .

واستدل في « المحرر » بقوله صلى الله عليه وسلم : « قولوا الحق ولو علىٰ أنفسكم » وهو ثابت في « الأجزاء » عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولفظه : (وجدت في قائم سيف النبي صلى الله عليه وسلم رقعة فيها : صل من قطعك وأحسن إلىٰ من أساء إليك وقل الحق ولو علىٰ نفسك)[1] .

وفي أحاديث « الشهاب » : قل الحق ولو كان مراً .

وفي « الصحيحين » : « اغد يا أنيس إلى امرأة هـٰذا ، فإن اعترفت . . فارجمها » .

ورجم صلى الله عليه وسلم ماعزاً والغامدية بإقرارهما[2] .

وأجمعت الأمة على المؤاخذة بالإقرار الصحيح ، ودل عليه القياس أيضاً ؛ لأن

---

(١) أخرج ابن حبان بمعناه . انظر « الإحسان » (٤٤٩) ، وانظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٢) .
(٢) مسلم (١٦٩٥) ، وأبو داوود (٤٤٤٢) ، والترمذي (١٤٢٨) ، وغيرهم .

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ ٱلتَّصَرُّفِ ، وَإِقْرَارُ ٱلصَّبِيِّ وَٱلْمَجْنُونِ لاَغٍ ، . . . .

الإقرار أبعد عن التهمة من الشهادة ، ولهـٰذا يبدأ الحاكم بالسؤال عنه قبل السؤال عن الشهادة .

ولو شهد شاهدان للمدعي ثم أقر المدعىٰ عليه . . حكم بالإقرار وبطلت الشهادة .

قال : (**يصح من مطلق التصرف**) رجلاً كان أو امرأة ، مسلماً كان أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ؛ للأدلة السابقة .

وشملت عبارته السكران وهو كذلك على الأصح ، لـٰكن يستثنى المكره كما سيأتي .

والأصل : أن من قدر على الإنشاء . . قدر على الإقرار ، ومن لا . . فلا .

واستثني من طرده الوكيل بالبيع وقبض الثمن ، إذا أقر بذلك وكذبه الموكل . . لا يصدق الوكيل على الأصح مع قدرته على الإنشاء .

وولي الثيب ينشىء نكاحها ولا يقر به ، ومن عكسه : إقرار المرأة بالنكاح ، والمجهول الحرية أو الرق بالنسب ، والمفلس ببيع الأعيان ، والأعمىٰ بالبيع ، والوارث بدين علىٰ مورثه .

وإقرار المريض بأنه كان قد وهب وارثه كذا ، فإن زيد فيه من قدر علىٰ إنشاء يستقل به أو يؤاخذ به . . فلا استثناء .

قال الشيخ عز الدين : قولهم : من ملك الإنشاء ملك الإقرار هـٰذا بالنسبة إلى الظاهر ، أما في الباطن . . فبالعكس[1] .

قال : (**وإقرار الصبي والمجنون لاغ**) كتصرفهما ، سواء المراهق وغيره ، أذن الولي أم لم يأذن وإن كانت عبارته معتبرة في اختيار أحد أبويه ، وفي دعواه استعجال الإنبات بالدواء ، وفي الإذن في دخول الدار ، وحمل الهدية .

نعم ؛ يستثنىٰ إقرار المميز بالتدبير والوصية والإسلام إذا صححنا ذلك منه .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال ؛ أي : لأنه إذا ملكه باطناً . . فهو ملكه ، فليس له أن يقر به لغيره) .

والمغمىٰ عليه وزائل العقل بما يعذر فيه كالمجنون ، أما الخنثى المشكل . . فقال الشافعي رضي الله عنه : لا يجوز إقراره حتىٰ يستكمل خمس عشرة سنة ، وقد تقدم في (باب الحجر) أن الأصحاب أولوا هـٰذا النص ، قال الشيخ : وتأويله مشكل .

قال : (**فإن ادعى البلوغ بالاحتلام مع الإمكان . . صدق ولا يحلف**) ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته

والمراد بـ(الاحتلام) : خروج المني علىٰ أي صفة كان في يقظة أو منام كما تقدم .

قال أبو زيد والغزالي : ولا يحلف ؛ لأنه إن كان صادقاً . . فلا حاجة إلى اليمين ، وإن كان كاذباً . . فيمينه غير منعقدة لـٰكن[1] جزم الرافعي في (باب النكول) وفاقاً لابن القاص بأن ولد المرتزق إذا ادعى البلوغ بالاحتلام وطلب إثبات اسمه في الديوان . . لا بد من يمينه إذا اتهم[2] ، ومثله إذا حضر المراهق الوقعة فادعى الاحتلام وطلب السهم . . يعطىٰ إن حلف ، وإلا . . فوجهان : أصحهما : لا يعطىٰ .

قال الشيخ : والذي قاله أبو زيد أصح .

وقد تقدم في (باب الحجر) أن الكتابي إذا ادعىٰ أنه إنما أنبت بالاستعجال . . لا يقبل قوله في دفع الجزية عنه .

ثم إذا لم يحلف وبلغ مبلغاً يقطع فيه ببلوغه . . قال الإمام الظاهر أيضاً أنه لا يحلف ؛ لانتهاء الخصومة[3] ، وعدم الإجابة إلى التحليف إنما يتصور إذا كان له خصم يدعي صباه لغرض ما من بطلان تصرف أو غيره .

ولو أقر ثم ادعىٰ أنه صغير . . لم يحلف أيضاً ، ودعوى الجارية الحيض كدعواه الاحتلام .

---

(١) في هامش (ك) : (قوله : « لـٰكن جزم الرافعي . . . إلخ » يوهم أن بينهما خلافاً ، وليس كذلك) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنِ ٱدَّعَاهُ بِٱلسِّنِّ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ . وَٱلسَّفِيهُ وَٱلْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ ٱلرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ ، . . . .

قال : (**وإن ادعاه بالسن . . طولب ببينة**) ؛ لإمكانها ، وقيل : لا يطالب بها لعسرها ، فإن كان غريباً خامل الذكر . . ففيه ثلاثة احتمالات للإمام :

أظهرها : أنه يطالب بالبينة[١] .

والثاني : يلحق بدعوى الاحتلام .

والثالث : يعتبر الإنبات .

ولو أطلق الإقرار بالبلوغ ولم يعين نوعاً . . ففي قبوله وجهان[٢] .

ولو قال : كنت وقت الإقرار صبياً وأنا بالغ الآن . . فإنه يحلف ، وكذا إذا قال : كنت مجنوناً وعرف له حال جنون في الأصح .

قال : (**والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما**) في بابي (الحجر) و(التفليس) ، لكن لم يتقدم حكم إقرار السفيه بالنكاح ، وقد جزم الرافعي هنا بأن إقراره به باطل[٣] ، وقال : إن بطلانه يشكل بقبول إقرار المرأة[٤] به ، وفي « التهذيب » أنه لا يقبل كالمرأة .

قال : (**ويقبل إقرار الرقيق بموجب عقوبة**) سواء كانت لله أو لآدمي .

و(موجب) بكسر الجيم ، أي : ما يوجبها ، وذلك كالقصاص في النفس أو الطرف أو المنفعة ، وكذلك القذف والزنا والسرقة وشرب الخمر ؛ لبعده عن التهمة ، ويقام عليه موجب ذلك .

قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعلم في قبول ذلك خلافاً عن أحد ممن أرضىٰ ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : استفساره ؛ لاحتمال أن دعواه بلوغه بالسن ، وقد قال الأذرعي : المختار استفساره) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (الفرق بينهما واضح ، وهو أنه تحصل لها به النفقة والكسوة والمهر ، ولا كذلك هو) .

وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لاَ تُوجِبُ عُقُوبَةً وَكَذَّبَهُ ٱلسَّيِّدُ . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ ، . . .

وقد أمرت عائشة رضي الله عنها بعبد أقر بسرقة فقطع[1] ، وقطع علي رضي الله عنه عبداً بإقراره ولم ينكر ذلك أحد ، ونقل الأصحاب عن المزني : أنه لا يقبل إقراره[2] بالحد والقصاص ، ورده الأصحاب بقوله صلى الله عليه وسلم : « من يبد لنا صفحته نقم عليه حد الله »[3] .

ثم ولي القصاص مخير ، إن شاء اقتص وإن شاء عفا ، وأم الولد والمدبر كالقن ، والمبعض سيأتي حكمه قريباً .

والمكاتب يقبل إقراره في البدن والمال كالحر ، ويؤديه مما في يده ، فإن عجز نفسه ولا مال معه . . فديون معاملاته يؤديها بعد عتقه ، وأروش جناياته في رقبته تؤدىٰ من ثمنه .

وإذا أقر العبد بسرقة توجب القطع . . قبل في القطع ، وفي المال أربعة أوجه :

أصحها : لايقبل[4] .

والثاني : يقبل .

والثالث : يقبل إن كان المال باقياً .

والرابع : يقبل إن كان تالفاً .

قال : (**ولو أقر بدين جناية لا توجب عقوبة وكذبه السيد . . تعلق بذمته دون رقبته**) ؛ لأن الحجر عليه لحق السيد ، فعمل بمقتضاه في متعلق حقه وهو الرقبة والكسب ، ولأن العبد متهم فيتبع به إذا عتق ؛ إذ لا حق للسيد في ماله حينئذ ، وقيل : فيه القولان .

ولا خلاف أنه لا يتعلق برقبته للتهمة ، فإن صدقه السيد تعلق . . بها ، فيباع إلا أن

---

(١) الشافعي في « الأم » (٣/ ٢٣٣) ، والبيهقي (٨/ ٢٧٦) .
(٢) ذكره ابن الملقن في « خلاصة البدر المنير » (٢/ ٩٦) وقال : غريب .
(٣) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٤٤) ، ومالك (١٥٠٨) ، والبيهقي (٨/ ٣٢٦) .
(٤) في هامش (ك) : (أي : في حق السيد ، وأما هو . . فيضمنه في ذمته تالفاً كان أو باقياً في يده أو يد السيد إذا لم يصدقه فيها) .

وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى ٱلسَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُوناً لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ ، وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ . . . .

يفديه السيد ، وإذا بيع فبقي شيء من الدين . . فالأظهر : أنه لا يتبع به إذا عتق[١] .

قال : (**وإن أقر بدين معاملة . . لم يقبل على السيد إن لم يكن مأذوناً له في التجارة**) بل يتعلق بذمته ، يتبع به إذا عتق ، ولا فرق بين أن يكذبه السيد أو يصدقه ؛ لتقصير من يعامله ، بخلاف الجناية .

قال : (**ويقبل إن كان**) أي : مأذوناً له لقدرته علىٰ إنشائه ، اللهمَّ إلا أن يكون مما لا يتعلق بالتجارة كالقرض ؛ فإن الإقرار به لا يقبل على السيد .

ولو اشترى المأذون شراء فاسداً . . لم يؤد من كسبه على الصحيح ؛ لأن الإذن إنما يتناول الصحيح فقط ، فيكون كغير المأذون يشتري بغير إذن ، قاله البغوي[٢] .

قال : (**ويؤدي من كسبه وما في يده**) ؛ لأنه قادر علىٰ إنشائه كما تقدم في (باب العبد المأذون) .

وما أطلقه المصنف من القول في المأذون محله إذا لم يحجر السيد عليه ، فإن حجر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة أضافه إلىٰ حال الإذن . . لم يقبل على الصحيح ؛ لانتفاء القدرة على الإنشاء ، ولا يقاس على المفلس ، فإنه يصح إقراره في حق الغرماء على الأظهر كما تقدم ؛ لأنه يقضي من ماله ويطالب به بعد فك الحجر ، والفك حاصل قطعاً ، بخلاف العبد فلو أطلق العبد الإقرار بالدين . . لم ينزل علىٰ دين المعاملة في الأصح ، كذا أطلقه الشيخان ، وهو ظاهر إذا تعذرت المراجعة ، وإلا . . فيراجع ، كنظيره من المفلس[٣] .

والمبعض إذا أقر بدين جناية . . لم يقبل فيما يتعلق بسيده ، إلا أن يصدقه ويقبل في نصفه ، وعليه قضاؤه مما في يده .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : تفريعاً علىٰ رأي مرجوح) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (وهـٰذا هو الأصح وإن شوحح فيه ، وما استظهره الشارح تبعاً لشيخه أجاب عنه الفاكهاني) .

وإقرار السيد علىٰ عبده بدين الجناية مقبول ، إلا أنه إذا بيع وبقي شيء . . لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه .

قال : (**ويصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي**) ويكون من رأس المال عيناً كان المقر به أم ديناً ، قال الغزالي : بالإجماع ، وفي « التلخيص » و« النهاية » قول : إنه من الثلث .

قال : (**وكذا لوارث على المذهب**) ؛ لعموم الأدلة المتقدمة ، ولأنه انتهىٰ إلىٰ حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها العاصي .

والظاهر : أنه لا يقر إلا بتحقق ، وفي قول : لا يصح ؛ لأنه متهم في حرمانه بعض الورثة .

والأصح : طريقة القولين ، وقيل : يقبل قطعاً .

واختار الروياني مذهب مالك أن الحاكم يجتهد ، فإن اتهم . . لم يصح ، وإلا . . فيصح .

وشملت عبارة المصنف ما إذا أقر أنه كان وهب وارثه في الصحة وأقبضه ، والأصح في زوائد « الروضة » : الصحة ، وفي « الحاوي الصغير » : البطلان ، ويجري الخلاف فيما إذا أقرت المرأة أنها كانت أبرأت الزوج من صداقها في الصحة ، قاله القاضي حسين[1] .

ولو أقر أنه كان وقف هـٰذا الشيء في صحته علىٰ فقراء أهله ، وليسوا وارثين . . صح الوقف وكان من رأس المال ، والاعتبار في كون المقر له وارثاً بحال الموت لا بحالة الإقرار على الأشهر كالوصية ، ولا نظر إلى الحالة المتخللة بينهما بالاتفاق .

ولو أقر لوارثه وأجنبي . . خرج علىٰ قولي تفريق الصفقة .

فرع :

إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول ، فلو أقر بعضهم بدين وأنكر البعض . . فقولان :

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

القديم : أن على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفىٰ به ، وإلا . . فتصرف جميع حصته إليه ؛ لأنه إنما يستحق بعد قضاء الدين .

والجديد : لا يلزمه إلا بقسط حصته من التركة[1] .

فعلىٰ هـٰذا : لو مات المنكر وورثه المقر . . لزمه الآن جميع المقر به على الأصح ؛ لحصول جميع التركة في يده .

ويتفرع على القولين : لو شهد بعض الورثة بدين على المورث إن قلنا لا يلزمه بالإقرار إلا حصته . . قبلت شهادته ، وإلا . . فلا ؛ لأنه متهم ، وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله .

وإذا مات عن ابنين فأقر أحدهما أن أباه أوصىٰ لزيد بعشرة . . فهو كما لو أقر عليه بدين ، فعلى القديم : يتعلق كل العشرة بثلث نصيبه ، وعلى الجديد : يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه .

ولو أقر أحدهما أنه أوصىٰ بربع ماله وأنكر الآخر . . فعلى المقر أن يدفع إلى الموصىٰ له ربع ما في يده ، فلو أقر أنه أوصىٰ بعين من أعيان أمواله ، فإن لم يقسما التركة . . فنصيب المقر من تلك العين يصرف إلى الموصىٰ له والباقي للمنكر ، وإن اقتسماها ، فإن كانت تلك العين في يد المقر . . لزمه دفعها إلى المقر له ، وإن كانت في يد المنكر . . فللموصىٰ له أخذ نصف القيمة من المقر ؛ لأنه فوته عليه بالقسمة .

حادثة :

رجل أقر لبعض ورثته بدين ومات والوارث محجور عليه ، فادعىٰ وليه بالدين وطلب بقية الورثة يمينه وهو بالغ ـ أعني المقر له ـ فهل يلزمه يمين؟ وهل للحاكم أن يحكم من غير يمينه؟ وإذا نكل هل يكون المبلغ له؟

أجاب الشيخ : نعم يلزم المقر له اليمين[2] ، وليس للحاكم أن يقضي له من غير

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ لِوَاحِدٍ بِدَيْنٍ ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ . . لَمْ يُقَدَّمِ ٱلأَوَّلُ . [وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرِ . . لَمْ يُقَدَّمِ ٱلأَوَّلُ فِي ٱلأَصَحِّ] . وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ . . . .

يمينه ، فإذا نكل . . وقف الحكم إلىٰ أن ينفك الحجر عنه .

فإذا انفك . . حلف بقية الورثة اليمين المردودة ، ولا يحلفون في مدة الحجر ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار ، وإقرار المحجور عليه بالمال لا يقبل .

قال : (**ولو أقر في صحته لواحد بدين ، وفي مرضه لآخر . . لم يقدم الأول**) بل يقسم بينهما بالنسبة كما لو ثبتا بالبينة .

وقوله : (لآخر) يجوز أن يقرأ بـ(الباء) أي : بدين آخر ، وحكىٰ في « البيان » قولاً شاذاً : إنه يقدم دين الصحة .

[قال : (**ولو أقر في صحته أو مرضه وأقر وارثه بعد موته لآخر . . لم يقدم الأول في الأصح**)][1] .

قال : (**ولا يصح إقرار مكره**) بما أكره عليه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ ، والكفر أعظم الذنوب وسقط أثره بالإكراه فغيره من باب أولىٰ .

---

(١) ما بين معقوفين من قول الإمام النووي رحمه الله ، ولم يتعرض له الدميري رحمه الله بتاتاً .
وإتماماً للفائدة نذكر هنا شرح الخطيب الشربيني رحمه الله في « مغني المحتاج » (٢/ ٣١١) : (**ولو أقرّ في صحته أو مرضه**) بدين لإنسان ثبت ببينة (**وأقرّ وارثه بعد موته**) بدين (**لآخر . . لم يقدم الأول في الأصح**) ؛ لأن إقرار الوارث كإقرار المورث لأنه خليفته ، فكأنه أقرّ بدينين .
والثاني : يقدم الأول ؛ لأن بالموت تعلّق بالتركة ، فليس للوارث صرفها عنه .
قال البلقيني : ولو أقرّ الوارث لمشاركة في الإرث وهما مستغرقان كزوجة وابن أقرّ لها بدين على أبيه وهي مصدقة له . . ضاربت بسبعة أثمان الدين مع أصحاب الديون ؛ لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة في سبعة أثمان ، فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الحائز في الكل .

. . . .

فروع :

أحدها : ضرب ليقر ، فأقر في حال الضرب . . لم يصح ، وإن ضرب ليصدق فأقر . . صح ؛ لأن الصدق لم ينحصر في الإقرار ، كذا قاله المصنف[١] .

قال الشيخ : قوله : إنما ضرب ليصدق صحيح ، ولـٰكن إذا انحصر الصدق في ذلك . . صار مكرهاً عليه ، وهو صورة المسألة ، قال : وخطر لي أن يقال : الإكراه إنما أبطل حكم الإقرار ؛ لأنه قد يقر كاذباً ، وفي الإكراه على الصدق لا يتأتىٰ ذلك[٢] .

الثاني : أقر أو باع أو تصرف تصرفاً آخر ثم قال : كنت مكرهاً ؛ فإن قاله متصلاً بإقراره . . فهي مسألة تبعيض الإقرار ، وإن قاله منفصلاً ولا قرينة علىٰ إكراهه . . لم يقبل عند الأكثرين .

ويستثنىٰ منه : إذا شهد عليه بأنه تلفظ بالردة فادعىٰ أنه كان مكرهاً . . فإنه يقبل ، فإن كانت قرينة مثل كونه محبوساً بغير حق أو مقيداً أو موكلاً به . . قبل قوله ، صرح به جميع الأصحاب إلا الماوردي فإنه أطلق عدم القبول في هـٰذه الحالة أيضاً .

كل هـٰذا إذا أطلقت البينة الشهادة ، فإن قيدت بأنه غير مكره . . فقال الإمام : لا يقبل قول المشهود عليه وإن ظهرت أمارات علىٰ صدقه ، فإن الشهادة لا يعارضها أمارات[٣] .

الثالث : الصحيح المنصوص : سماع الشهادة بالإقرار مطلقة من غير تعرض لبلوغ أو حرية أو عقل أو طواعية ، وما يذكر في الوثائق من التعرض لذلك احتياط ، وعن صاحب « التقريب » خلاف في جميع ذلك عند الاحتمال .

فعلى الصحيح : للقاضي أن يسأل الشاهد ، فإن فصل . . فذاك ، وإن امتنع ، فإن

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُشْتَرَطُ فِي ٱلْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ ٱسْتِحْقَاقِ ٱلْمُقَرِّ بِهِ ، فَلَوْ قَالَ : لِهَـٰذِهِ ٱلدَّابَةِ عَلَيَّ كَذَاَ . . فَلَغْوٌ ، فَلَوْ قَالَ : بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا . . وَجَبَ ، وَلَوْ قَالَ : لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ . . لَزِمَهُ . وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ جِهَةٍ لاَ تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ . . فَلَغْوٌ . . . . .

كان امتناعاً لا يورث ريبة . . أمضى القاضي القضاء ، وإن ارتاب . . توقف .

ويجوز للقاضي ترك السؤال إن علم أن الشاهد خبير بشرائط الشهادة فطناً ، وإن تمارىٰ في أمره . . قال الإمام : لا بد من الاستفصال في الشرائط[1] ، وأما تعيين الزمان والمكان . . فلا يجب على الشاهد تعيينه بلا خلاف .

قال : (**ويشترط في المقر له أهلية استحقاق المقر به**) ؛ لأن الإقرار بدونه كذب .

قال : (**فلو قال : لهـٰذه الدابة عليَّ كذا . . فلغو**) ؛ لأنها لا تملك شيئاً ولا تستحقه ، وفي قول مخرج : إنه يصح .

قال : (**فلو قال : بسببها لمالكها . . وجب**) حملاً علىٰ أنه جنىٰ عليها أو اكتراها ، فهو إقرار للمالك لا لها ، وقد تكون هي السبب .

وقيل : لا يصح إلا أن يبين السبب ؛ لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة ، والمراد : مالكها حالة الإقرار .

ولو لم يذكر المالك بل قال : علي بسبب هـٰذه الدابة ألف درهم . . حمله الأصحاب على الالتزام لمن هو مالك في الحال ، قال الإمام : وفيه نظر .

قال : (**ولو قال : لحمل هند كذا**) أي : عليَّ[2] أو عندي (**بإرث أو وصية . . لزمه**) ؛ لأن ما قاله ممكن والخصم في ذلك ولي الحمل .

وأشار بقوله : (هند) إلىٰ أنه لا بد من تعيينها ؛ لأن إبهامها يلزم منه إبهام المقر له .

قال : (**وإن أسنده إلىٰ جهة لا تمكن في حقه . . فلغو**) ؛ للقطع بكذبه ، كما إذا قال : له علي ألف أقرضنيها ، كذا جزم به الرافعي في « المحرر » .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (تبع في هـٰذا الأذرعي ، وليس بمعتمد ، والمعتمد : أنه يسأل ويعمل ببيانه كما قاله الرافعي) .

وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَإِذَا كَذَّبَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ ٱلْمُقِرَّ . . تُرِكَ ٱلْمَالُ فِي يَدِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

وحكىٰ في « الشرح » في المسألة ثلاثة طرق ، صحح منها الصحة ، وعللها بأنه عقب الإقرار بما هو غير مقبول ، فأشبه قوله : عليَّ ألف لا يلزمني ، فلذلك استدركه عليه في « الروضة » بقوله : الأصح البطلان ، كما قطع به في « المحرر » ، وفرق بينه وبين قوله : ألف من ثمن خمر بأن بيع الخمر معتاد ، بخلاف معاملة الأجنة .

قال : (**وإن أطلق . . صح في الأظهر**) حملاً للكلام على الجهة الممكنة .

والثاني : لا يصح ؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بالمعاملة ، وهي مستحيلة في الحمل .

قال : (**وإن كذب المقر له المقر . . ترك المال في يده في الأصح**) ؛ لدلالتها على الملك ظاهراً ، والإقرار عارضه التكذيب فسقط ، كذا علله الرافعي ، ومقتضاه أن يقر في يده لنفسه لا لغيره ، وبه صرح في « المهذب » .

والثاني : يحفظه القاضي إلىٰ أن يظهر مالكه ؛ لأنه كالمال الضائع .

والثالث : يجبر المقر له علىٰ قبوله ، وهـٰذا بعيد .

تنبيهات :

أحدها : موضع الخلاف إذا قال : هـٰذا لزيد ، أما إذا قال للقاضي : في يدي مال لا أعرف مالكه أو ليس هو لي . . فالوجه القطع بأن القاضي يتولىٰ حفظه[1] ، وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه أيضاً .

الثاني : قال ابن الرفعة والشيخ : محل الخلاف فيما إذا كان المقر به عيناً ، فإن كان ديناً . . فالمشهور : أنه لا يؤخذ منه . قال ابن الرفعة : وأجراه ابن يونس في الدين ، ولم أره لغيره .

قال الشيخ جمال الدين : وهـٰذا غريب ، فقد ذكره الرافعي قبيل الركن الثالث .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ رَجَعَ ٱلْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ : غَلِطْتُ . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي ٱلأَصَحِّ .

فَصْلٌ :

قَوْلُهُ : لِزَيْدٍ كَذَا . . صِيغَةُ إِقْرَارٍ ، . . . .

وصرح المتولي بأنه لا فرق بين العين والدين ، وهو الصواب .

الثالث : لو كان المقر به قصاصاً أو حد قذف وكذبه المقر له . . سقط جزماً ، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع وأنكر رب المال السرقة . . فلا قطع ، وفي المال ما سبق ، وهاذه المسألة تكررت في الكتاب هنا وفي (الشفعة) و(النكاح) و(الدعاوىٰ) .

قال : (**فإن رجع المقر في حال تكذيبه وقال : غلطت . . قبل قوله في الأصح**) هاذه المسألة مبنية على الخلاف السابق ، فإن قلنا بالأصح وهو أنه يترك في يد المقر . . أبطلنا حكم الإقرار .

فعلىٰ هاذا : يقبل رجوعه هاهنا ، وإن قلنا يحفظه القاضي لم يقبل .

تتمة :

تقييد المصنف بحالة التكذيب يوهم أنه لو رجع المقر له وصدقه لا يكون كذلك ، وليس كذلك ؛ فإن الأصح عند المتولي وغيره : أن رجوع المقر له غير مقبول ، ولا يصرف إليه إلا بإقرار جديد[1] ، وتقييده بالغلط وقع في « المحرر » وفي « الوسيط » في (كتاب الدعاوىٰ) ، وقواه في « المطلب » ، لـٰكن في « الروضة » و« الشرحين » : أنه لا فرق بين أن يقول : غلطت أو تعمدت[2] .

قال : (**فصل** :

قوله : لزيد كذا . . صيغة إقرار) ؛ لأن اللام للملك ، فإذا كان المقر به معيناً كهاذا الثوب . . وجب أن يسلمه له ، وإن لم يكن كألف وثوب . . فلا بد أن يضيف إليه شيئاً من الألفاظ الآتية كعلي أو عندي ونحو ذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) ورمز لقول « الروضة » و« الشرحين » بالصحة .

وَقَوْلُهُ : عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ ، وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ . وَلَوْ قَالَ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ ، فَقَالَ : زِنْ ، أَوْ خُذْ ، أَوْ زِنْهُ ، أو خُذْهُ ، أَوِ ٱخْتِمْ عَلَيْهِ ، أَوِ ٱجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، ولَوْ قَالَ : بَلَىٰ ، أَوْ نَعَمْ ، أَوْ صَدَقْتَ ، أَوْ أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ ، أَوْ قَضَيْتُهُ ، أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ . . فَهُوَ إِقْرَارٌ ، . . . .

قال : (**وقوله : علي وفي ذمتي للدين**) ؛ لأنه المتبادر عرفاً ، ولو عبر المصنف بـ(أو) فقال : علي أو في ذمتي كما عبر به في « الشرح » و« الروضة ». . كان أولىٰ من (الواو) ؛ لأنها توهم أن الاجتماع مراد .

قال : (**ومعي وعندي للعين**) أي : كل منهما للعين ؛ لأن (مع) و(عند) ظرفان فيسبق إلى الذهن عند المخاطبة ذلك ، فيحمل علىٰ أدنى المراتب وهي الوديعة ، لا على الغصب والعارية كما ذكره المصنف بعد هـٰذا في زوائد « الروضة » .

فإن أتىٰ بلفظ من ألفاظ العين ولفظ يدل على الدين بأن قال : علي ومعي عشرة . . فالقياس أنه يرجع إليه في تفسير بعض العشرة بالعين وبعضها بالدين .

وقوله : قبلي كذا عند البغوي للدين ، وقال الرافعي يشبه أن يقال : هو صالح للدين والعين جميعاً[1] ، والماوردي صرح بما حكاه الرافعي ، والصواب المنصوص : ما أجاب به البغوي .

قال : (**ولو قال : لي عليك ألف ، فقال : زن ، أو خذ ، أو زنه ، أو خذه ، أو اختم عليه ، أو اجعله في كيسك . . فليس بإقرار**) ؛ لأن ذلك يذكر في معرض الاستهزاء ، وقيل : الأربعة الأخيرة إقرار .

وأغرب أبو عبد الله الزبيري من أصحابنا فقال : إذا قال : زنه أو خذه . . كان إقراراً ، وإن قال : زن أو خذ بلا (هاء) . . لا يكون إقراراً .

قال : (**ولو قال : بلىٰ ، أو نعم ، أو صدقت ، أو أبرأتني منه ، أو قضيته ، أو أنا مقر به . . فهو إقرار**) أما المسائل الثلاثة الأول . . فلأنها موضوعة للتصديق والموافقة ، وحكم (أجل) في هـٰذا حكم (نعم) وهو عند أهل اللغة أحسن من

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مُقِرٌّ ، أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ . وَلَوْ قَالَ : أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا؟ فَقَالَ : بَلَىٰ أَوْ نَعَمْ . . فَإِقْرَارٌ ، وَفِي (نَعَمْ) وَجْهٌ . . . .

(نعم) في التصديق ، و(نعم) أحسن منه في الاستفهام و(بلىٰ) لتحقق ما يسأل عن نفيه .

والثاني : يكون إقراراً للعرف ، وحيث لا عرف يقطع بعدم الإقرار إلا أن يثبت في اللغة أنه يجاب بها الإثبات ، ويقصد بها تقريره كـ(نعم) وهـٰذا قليل .

وفي معنىٰ (نعم) : (جير) و(إي) ولا تستعمل في اللغة إلا مع القسم قال تعالىٰ : ﴿ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ ﴾ ، والعامة يستعملونه بغير قسم ، ويلحقون به هاء السكت .

وأما دعوى الإبراء والقبض . . فلأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط ، والأصل عدمه .

وقيل : لا يكون مقراً بدعوى الإبراء ؛ لأن الإبراء يستعمل لإظهار البراءة ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُوا۟ ﴾ .

وفي دعوى القبض وجه أيضاً : أنه لا يكون مقراً .

وقوله : (أنا مقر به) يفهم منه الاعتراف ، ولو ادعىٰ ألفاً فقال : قبضته . . فمقر به .

قال : (**ولو قال : أنا مقر**) ولم يقل به (**أو أنا أقر به . . فليس بإقرار**) أما الأول . . فلجواز أن يريد الإقرار ببطلان دعواه ، أو بأن الله واحد ، وأما الثاني . . فلاحتمال الوعد بالإقرار ، وفي كل منهما وجه ، وكذلك الحكم لو قال : أنا أقر لك به كما مثل به في « الشرح » و« الروضة » .

قال : (**ولو قال : أليس لي عليك كذا؟ فقال : بلىٰ أو نعم . . فإقرار**) ؛ لأن ذلك يدل على التصديق .

قال : (**وفي « نعم » وجه**) : أنها لا تكون إقراراً[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (وأجيب بأن النظر في الإقرار إلى العرف ، وأهله يفهمون الإقرار بنعم فيما ذكر) .

وَلَوْ قَالَ : ٱقْضِ ٱلأَلْفَ ٱلَّذِي لِي عَلَيْكَ ، فَقَالَ : نَعَمْ ، أَوْ أَقْضِي غَداً ، أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْماً ، أَوْ حَتَّىٰ أَقْعُدَ ، أَوْ أَفْتَحَ ٱلْكِيسَ ، أوْ أَجِدَ الْمفْتَاحَ . . فَإِقْرَارٌ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والفرق أن (نعم) لتقرير ما سبق و(بلىٰ) لنفيه وإثبات ما بعده ، والسابق هنا نفي فقررته (نعم) ونفته (بلىٰ) .

والأصح : أنه إقرار ؛ لأن الإقرار يحمل علىٰ ما يفهمه أهل العرف ، ولم يرجح الرافعي في « الشرح » شيئاً ، وصحح في زوائد « الروضة » و« الشرح الصغير » كـ« المنهاج » ، لـٰكن ورد في « صحيح مسلم » [٨٣٢] استعماله جواباً للإثبات في قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت الذي لقيتني بمكة عام أول؟ فقال : بلىٰ . . . » .

قال : (**ولو قال : اقض الألف الذي لي عليك ، فقال : نعم ، أو أقضي غداً ، أو أمهلني يوماً ، أو حتىٰ أقعد ، أو أفتح الكيس ، أو أجد المفتاح . . فإقرار في الأصح**) ؛ لأنه المفهوم من هـٰذه الألفاظ .

والثاني : لا ؛ لأنه ليس بصريح في الالتزام ، قال الشيخ : وهو الأشبه عندي .

فروع :

كتب لزيد علي ألف درهم ثم قال للشهود : اشهدوا علي بما فيه ، فليس بإقرار خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : أن الإقرار لا يثبت بالفعل ، بل بالقول ولم يوجد .

ولو قال : إن شهد علي فلان وفلان أو شاهدان بكذا فهما صادقان . . فهو إقرار في الأظهر وإن لم يشهدا .

ولو قال : إن شهدا علي بكذا صدقتهما أيضاً . . فإقرار أيضاً[١] ، أما إذا قال : إن شهدا علي فهما عدلان . . فإنه لا يكون إقراراً ، بل تزكية وتعديلاً للمخاطب[٢] .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا رأي مرجوح ، والأصح : أنه ليس بإقرار كما ذكره في « الروضة » وأصلها) .

(٢) في هامش (ت) : (المصحح في « الكبير » و« الصغير » و« الأنوار » : أنه إذا قال : إن شهدا=

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ فِي ٱلْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لاَ يَكُونَ مِلْكاً لِلْمُقِرِّ ، فَلَوْ قَالَ : دَارِي ، أَوْ ثَوْبِي ، أَوْ دَيْنِي ٱلَّذِي عَلَىٰ زَيْدٍ لِعَمْرٍو . . فَهُوَ لَغْوٌ ، . . . .

تتمة :

أفتى الشيخ برهان الدين المراغي مدرس الفلكية بدمشق في امرأة أشهدت علىٰ نفسها أن هـٰذا الرجل ابن عمها وصدقها : أن العصوبة تثبت ويرثها إذا ماتت ، وهي مسألة تعم بها البلوى[1] ، لا سيما إذا كان المقر به غائباً ، فكثيراً ما يقر مريض بأن له وارثاً غائباً إما ابن عم أو أخوة فيضع وكيل بيت المال يده على المال مدعياً أن بيت المال لا يندفع بهـٰذه الدعوىٰ ، وأفتى الشيخ باندفاع وكيل بيت المال بذلك ، وحفظ هـٰذا المال بمجرد هـٰذا الإقرار حتىٰ يحضر الغائب ، قال : وفي « فتاوى القاضي » و« شيخه القفال » و« ابن الصلاح » : ما يرشد إلىٰ ذلك .

قال : (**فصل :**

يشترط في المقر به) وهو ما جازت المطالبة به (**أن لا يكون ملكاً للمقر**) ؛ لأن الإقرار ليس مزيلاً للملك ، بل إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له ، فلا بد من تقدم المخبر عنه على الخبر .

قال : (**فلو قال : داري ، أو ثوبي ، أو ديني الذي علىٰ زيد لعمرو . . فهو لغو**) ؛ لأنه جملة واحدة أولها مناقض لآخرها ، وعلم من عبارته صحة الإقرار بالدين ، فإذا قال : الدين الذي لي علىٰ زيد لعمرو واسمي في الكتاب عارية . . صح ؛ لاحتمال أنه وكيله ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك الصداق وبدل الخلع وأرش الجناية على الحر ، فلا

= عليَّ بكذا صدقتهما . . فليس بإقرار وقطع به في « الروضة » وعبارته فيها : « ولو قال : إن شهدا صدقتهما . . فليس بإقرار قطعاً » . فما صححه الشارح من كونه إقراراً سهو أو سبق قلم) .

(١) في هامش (ك) : (ماأفتى به المراغي مردود ؛ إذ إلحاقها النسب بعمها باطل ؛ لأنه وإن كان ميتاً فيشترط في الملحق أن يكون وارثاً حائزاً لتركته لولا الإلحاق .
نعم ؛ إن فرض ما أفتىٰ به فيما إذا انحصر إرثه فيها لعدم إرث بيت المال . . صح) .

وَلَوْ قَالَ : هَـٰذَا لِفُلَانٍ وَكَانَ مِلْكِي إِلَىٰ أَنْ أَقْرَرْتُ . . فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ وَآخِرُهُ لَغْوٌ . ولْيَكُنِ ٱلْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ ٱلْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِٱلإِقْرَارِ إِلَى ٱلْمُقَرِّ لَهُ . . . .

يصح الإقرار بها عقب ثبوتها ، كما نقله الرافعي عن صاحب « التلخيص » وأقره .

وأورد علىٰ حصره : المتعة والحكومة والمهر الواجب عن وطء الشبهة وأجرة بدن الحر فلا يصح الإقرار بها أيضاً[1] .

قال : (**ولو قال : هـٰذا لفلان وكان ملكي إلىٰ أن أقررت . . فأول كلامه إقرار وآخره لغو**) ؛ لمناقضته الأول ، فيطرح آخره ويؤاخذ بأوله ، ولو عكس فقال : هـٰذه الدار ملكي هـٰذه الدار لفلان . . صح الإقرار أيضاً .

ولو أقر ثم شهدت بينة أنه لم يزل ملكه إلىٰ أن أقر . . لم يصح الإقرار ، كما قاله الهروي وغيره ، وكذلك الحكم في الدين أيضاً إذا قال : ديني الذي علىٰ زيد لعمرو . . فهو باطل .

قال : (**وليكن المقر به في يد المقر ليسلم بالإقرار إلى المقر له**) المراد : أنه يشترط في الحكم بالإقرار كون المقر به في يد المقر حساً أو شرعاً ، فإنه حينئذ يسلم للمقر له .

ويستثنىٰ من هـٰذه القاعدة : ما إذا باع الحاكم مال الغائب بسبب اقتضاه ، ثم قدم وادعىٰ أنه كان قد تصرف فيه قبل بيع الحاكم . . فإنه يقبل منه ، كما سيأتي قبيل (كتاب الصداق) عن النص .

ويشترط في اليد الاستقلال ، فلو كانت يده نائبة عن غيره بأن أقر بمال تحت يده ليتيم أو جهة وقف . . لم يصح إقراره ، وكذلك المفلس فإن العين وإن كانت في يده لـٰكنها ليست في ولايته ، فلا يصح إقراره بها .

---

(١) في هامش (د) : (يزاد : فإن المتعة والحكومة والمهر الواجب عن وطء شبهة راجعة للثلاثة المذكورة ، فالحكومة ترجع للأرش ، والمتعة والمهر الواجب عن وطء شبهة يرجع إلى الصداق ، وأما ما ذكر من عدم صحة الإقرار بأجرة بدن الحر فممنوع فإن الحر يحتمل أن يكون قد أجر بدنه قبل ذلك ثم وكله المستأجر في أجرة نفسه) .

فَلَوْ أَقَرَّ ولَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ . . عُمِلَ بِمُقْتَضَى ٱلإِقْرَارِ . وَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ ٱشْتَرَاهُ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ : هُوَ حُرُّ ٱلأَصْلِ . . فَشِرَاؤُهُ ٱفْتِدَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقَهُ . . فَٱفْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ ٱلْبَائِعِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، فَيَثْبُتُ فِيهِ ٱلْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ . . . .

قال : (**فلو أقر ولم يكن في يده ثم صار . . عمل بمقتضى الإقرار**) ؛ لأن الشرط قد وجد فآخذناه بإقراره .

قال : (**ولو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه . . حكم بحريته**) مؤاخذة له بإقراره السابق ، ويصح الشراء في هـٰذه الصورة تنزيلاً للعقد علىٰ قول من صدقه الشارع وهو البائع وإن اعتقد المشتري حريته استنقاذاً له من الظلم ، كما لو اشترى المسلم أسيراً من مشرك . . يصح الشراء وإن كان حراً استنقاذاً له لا تمليكاً .

قال : (**ثم إن كان قال : هو حر الأصل . . فشراؤه افتداء**) أي : من جهة المشتري ؛ لأن اعترافه بحريته مانع من جعله بيعاً من جهته ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وكذا إن قال : أعتقه فلان والبائع اشتراه منه .

قال : (**وإن قال : أعتقه**) أي : البائع ويسترقه ظلماً ، ويوجد في بعض النسخ : أعتقته على الخطاب ، والذي بخط المصنف على الغيبة .

قال : (**. . فافتداء من جهته وبيع من جهة البائع على المذهب**) ؛ لاعترافه بحريته ، وامتناع شراء الحر .

والثاني : أنه بيع من الجانبين .

والثالث : أنه افتداء من الجانبين ، قال الرافعي : وهـٰذا الثالث مما ينبو عنه الطبع .

قال : (**فيثبت فيه الخياران للبائع فقط**) بناء علىٰ أنه بيع من جهته ، فلو ظهر بالعبد عيب . . لم يكن له رده ، لـٰكن له الأرش علىٰ قولنا : شراء ، وليس له علىٰ قولنا : افتداء .

ولو قال : هـٰذا العبد الذي في يدك غصبته من زيد ، ثم اشتراه منه . . صح في الأصح استنقاذاً لملك الغير كما يستنقذ الحر .

وَيَصِحُّ ٱلْإِقْرَارُ بِٱلْمَجْهُولِ ، فَإِذَا قَالَ : لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لاَ يُتَمَوَّلُ لَـٰكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ ٱقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ أَوْ سِرْجِينٍ . . قُبِلَ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ويصح الإقرار بالمجهول**) إما من بعض الوجوه كقوله : له علي ثوب ، أو من كلها كقوله : له علي شيء ؛ لأن الإقرار إخبار عن حق سابق ، والشيء يخبر عنه مبيناً ومجملاً وغير معين ، إما لثبوته مجهولاً بوصية ونحوها ، وإما لغير ذلك .

ولو عبر المصنف بـ(المجمل) كما في « الشرح » و« الروضة ». . كان أحسن ، فإن الإقرار بالمبهم كأحد العبدين صحيح ودخوله في المجمل أظهر من دخوله في المجهول .

قال : (**فإذا قال : له علي شيء . . قبل تفسيره بكل ما يتمول وإن قل**) ؛ لأن اسم الشيء صادق عليه ، وبدأ بلفظ (شيء) ؛ لأنها أعم النكرات فإنها تصدق علىٰ كل موجود ، ولا خلاف في قبول تفسيرها بما يتمول ؛ لصدق الاسم وحصول المقصود الأعظم من الأقارير وهو المال .

قال في « الجواهر » : وضابط ما يتمول : ما سد مسداً ، ووقع موقعاً يحصل به جلب نفع أو دفع ضر كفلس ورغيف وتمرة لها قيمة .

وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا بد من اليمين ، فيحلف أن ما له عليه شيء سوىٰ ما فسره ، فإن نكل قيل للمدعي : سم ما شئت ، فإذا سمىٰ فإن حلف المقر . . برىء ، وإلا . . حلف المدعي واستحق .

قال : (**ولو فسره بما لا يتمول لـٰكنه من جنسه كحبة حنطة ، أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم أو سرجين . . قبل في الأصح**) ؛ لأنه شيء يحرم أخذه وعلىٰ من أخذه رده ، ونظير الكلب المعلم : القابل للتعليم وجلد الميتة القابل للدبغ والخمرة المحترمة .

أما الأول . . فلأنه لا قيمة له ، فلا يصح التزامه بكلمة (علي) .

وأما الثاني . . فلأنه ليس بمال ، وصاحب هـٰذا الوجه يقول : لا تصح الدعوىٰ به .

. . . .

هـٰذا كله إذا كان الإقرار بصيغة : له علي ، فإن قال : له في ذمتي ، ثم فسره بحبة حنطة أو بكلب أو خنزير . . فلا يجري هـٰذا الخلاف ؛ لأن هـٰذه الأشياء لا تثبت في الذمة .

و(السرجين) : الزبل ، عجمي معرب ، ويقال بالقاف بدل الجيم ، وحكىٰ في « المحكم » فيه فتح السين أيضاً ، لـٰكن قال القاضي عياض وغيره : ليس في الكلام فعليل بالفتح .

فرع :

مات المقر بالشيء قبل البيان . . طولب به الوارث ، فإن امتنع . . فقولان :

أحدهما : يوقف مما ترك أقل متمول .

والأظهر : يوقف الجميع ؛ لأنه مرتهن بالدين .

واستشكل في « المطلب » القولين معاً ؛ لأن التفسير بالاختصاصات مقبول[1] .

نعم ؛ يتجه الخلاف إذا قال : له علي مال ، وألحق الهروي جنونه بموته ، فإذا غاب المقر . . حكى الهروي[2] عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال : يبين المدعي مقداراً ويحلف أن له ذلك ، وأنه أراده بإقراره[3] ، وحينئذ يعطيه الحاكم له ، ولو فسره بحق الشفعة . . قبل ، وكذا بالقصاص والوديعة على الصحيح .

وقيل : لا ؛ لأنهما في يده لا عليه .

---

(١) في هامش (ك) : (الأوجه أنه كالغائب) .

(٢) في هامش (ك) : (فلم يتيقن وجوب مال فضلاً عن كونه ديناً مقتضياً للرهن ، فلا يستقيم القول بالوقف في شيء أصلاً ، قال : لاجرم أن الهروي حكاهما فيما إذا قال : له علي مال ، قال ابن العماد : وهـٰذا معارض بمثله فيقال : لم يتحقق عدم المال فيمتنع التصرف في الجميع وإن احتمل البعض احتياطاً فما كان جوابكم فهو جوابنا ومشترك الإلزام ساقط) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُقْبَلُ بِمَا لاَ يُقْتَنَىٰ كَخِنْزِيرٍ وَكَلْبٍ لاَ نَفْعَ فِيهِ وَلاَ بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلاَمٍ . وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ ، . . . .

وفي التفسير بحد القذف وجهان : أصحهما في « التنبيه » وزوائد « الروضة » : القبول[1] .

قال : (**ولا يقبل بما لا يقتنىٰ كخنزير وكلب لا نفع فيه**) من صيد أو حفظ ماشية أو زرع أو درب ؛ لأن قوله : علي يقتضي ثبوت حق ، وما لا يقتنىٰ ليس فيه حق ولا اختصاص ولا يلزم رده ، وفيه وجه .

أما لو قال : له عندي شيء أو غصبت منه شيئاً . . فيقبل تفسيره بما لا يقتنىٰ ، بخلاف : علي ، فلو غصب من ذمي خمراً أو خنزيراً . . وجب رده عليه إذا لم يكن قد تظاهر بذلك ، وحينئذ فالقياس قبول تفسيره له بذلك .

قال : (**ولا بعيادة ورد سلام**) ؛ لبعد ذلك عن الفهم ، ولأنه لا مطالبة بهما ، والإقرار في العادة إنما يكون بما يطلب .

نعم ؛ يصح تفسير الحق بهما ، واستشكله الرافعي بأن الحق أخص من الشيء ، فيبعد قبول تفسيره الأخص بما لا يقبل به تفسيره الأعم .

واعترض في « المهمات » على الرافعي بأن أهل العرف يطلقون لفظ الحق علىٰ هٰذه الأمور فيقولون : لفلان علي حق ، ويريدون خدمته وسعيهم إلىٰ بابه وغير ذلك[2] قال صلى الله عليه وسلم : « حق المسلم على المسلم خمس . . . »[3] وذكر من جملتها عيادة المريض ورد السلام .

قال : (**ولو أقر بمال أو مال عظيم أو كبير أو كثير . . قبل تفسيره بما قل منه**) ؛ لصدق الاسم ، والأصل براءة الذمة عن الزيادة ، وأما عند وصفه بالعظم أو الكثرة ونحوهما كخطير وجليل ونفيس . . فلاحتمال أن يريد ذلك بالنسبة إلى الفقير أو الشحيح ، أو باعتبار كفر مستحله وعقاب غاصبه ، وكذا لو قال : عظيم جداً أو عظيم

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) أخرجه البخاري (١٢٤٠) ، ومسلم (٢١٦٢/٤) ، وغيرهما .

وَكَذَا بِٱلْمُسْتَوْلَدَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ بِكَلْبٍ وَجِلْدِ مَيْتَةٍ . وَقَوْلُهُ : لَهُ كَذَا . . كَقَوْلِهِ : شَيْءٌ . . . .

ألف مرة أو صغير أو صغير جداً أو له عندي مال وافر أو تافه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَمَا مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فِى ٱلْآخِرَةِ إِلَّا قَلِيلٌ ﴾ ، ﴿ وَإِن كَانَ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِّنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَا بِهَا وَكَفَىٰ بِنَا حَٰسِبِينَ ﴾ .

قال الشافعي رحمه الله : أصل ما أبني عليه في الأقارير أن ألزم اليقين وأطرح الشك ، ولا أستعمل الغلبة .

وعن أبي حنيفة : لا يقبل في تفسير العظيم والكثير أقل من عشرة دراهم ، ووافقنا في الخطير والجليل والنفيس .

وقال مالك : لا يقبل في جميع ذلك أقل مما تقطع فيه اليد .

وقال الليث بن سعد : يلزم في قوله : علي مال كثير اثنان وسبعون درهماً ؛ لأن الله تعالىٰ قال : ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِى مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ﴾ ، وعدد غزواته وسراياه اثنان وسبعون ، وهـٰذا قول محمد بن نصر .

وقال ابن سعد : الغزوات التي غزاها بنفسه سبعة وعشرون والسرايا ستة وخمسون ، فهي ثلاثة وثمانون .

وذكر ابن السمعاني في ترجمة العسكري : أن المتوكل اعتل فنذر إن شفي أن يتصدق بدنانير كثيرة ، فسأل أبا الحسن علي بن محمد بن موسى العسكري عن ذلك فقال : تصدق بثلاثة وثمانين ديناراً .

قال : (**وكذا بالمستولدة في الأصح**) ؛ لأنها لو أتلفها متلف ضمنها ضمان الأموال .

والثاني : لا ؛ لخروجها عن اسم المال المطلق ، ولو قال : رقيقي أحرار . . لم تدخل علىٰ وجه .

قال : (**لا بكلب وجلد ميتة**) ؛ لمباينته اسم المال .

قال : (**وقوله : له كذا . . كقوله : شيء**) ؛ لإبهامها ، وهي في الأصل مركبة من (كاف) التشبيه واسم الإشارة ثم نقلت فصارت يكنىٰ بها عن عدد وغيره ، ويجوز

وَقَوْلُهُ : شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا . كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ . وَلَوْ قَالَ : شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وَكَذَا . . وَجَبَ شَيْئَانِ . وَلَوْ قَالَ : كَذَا دِرْهَماً أَوْ رَفَعَ ٱلدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ. وَٱلْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً ـ بِٱلنَّصْبِ ـ وَجَبَ دِرْهَمَانِ، . .

استعمالها في النوعين مفردة ومركبة ومعطوفة .

قال : (وقوله : **شيء شيء أو كذا كذا . . كما لو لم يكرر**) ؛ لأن الثاني ظاهر في احتمال إرادة التأكيد .

قال : (**ولو قال : شيء وشيء أو كذا وكذا . . وجب شيئان**) ؛ للعطف ، سواء كانا متفقين أو مختلفين ؛ لأن العطف يقتضي المغايرة .

قال : (**ولو قال : كذا درهماً أو رفع الدرهم أو جره . . لزمه درهم**) ؛ لأن كذا مبهم وقد فسره بدرهم ، والنصب فيه جائز على التمييز ، والرفع علىٰ أنه عطف بيان أو بدل ، والجر وإن كان لحناً عند البصريين فلا أثر له في الإقرار .

وإيجاب الدرهم مع الرفع لا خلاف فيه ، وأما مع النصب . . فخالف فيه أبو إسحاق المروزي فأوجب على العارف باللغة عشرين درهماً ؛ لأنه أقل عدد يميز بمفرد منصوب وأما مع الجر . . فخالف فيه بعضهم فأوجب فيه بعض درهم حملاً لـ(كذا) على البعض وصححه في « التنبيه » و« الشامل » واختاره الشيخ .

وقوله : (كذا درهم) بالسكون كالمخفوض فيأتي فيه الوجهان .

قال : (**والمذهب : أنه لو قال : كذا وكذا درهماً ـ بالنصب ـ وجب درهمان**) ؛ لأن التمييز وصف ، والوصف المتعقب لشيئين يعود إليهما عند الشافعي رضي الله عنه .

والقول الثاني : يلزمه درهم واحد ، وهو اختيار المزني والشيخ ؛ لجواز تفسيره اللفظين معاً بالدرهم فيكون المراد : من كل واحد نصف درهم .

والثالث : يلزمه درهم وشيء ، أما الدرهم . . فلتفسير الجملة الثانية ، وأما الشيء . . فللأول الباقي علىٰ إبهامه ، هٰذه الطريقة المشهورة .

والثانية : القطع بالأول .

وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ ٱلدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ . . فَدِرْهَمٌ . وَلَوْ حَذَفَ ٱلْوَاوَ . . فَدِرْهَمٌ فِي ٱلأَحْوَالِ . وَلَوْ قَالَ : لَهُ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ . . قُبِلَ تَفْسِيرُ ٱلأَلْفِ بِغَيْرِ ٱلدَّرَاهِمِ . . . . .

والطريقة الثالثة : القطع بالثاني .

وقيل : إن أطلق . . فدرهمان ، وإن نوىٰ عوده إليهما . . فدرهم ، و(ثم) في جميع ما تقدم كـ(الواو) .

قال : (**وأنه لو رفع الدرهم أو جره . . فدرهم**) أما الرفع . . فلأن قوله : (له علي كذا) كلام تام ، وقوله : (وكذا درهم) معناه : أن كذا الذي أقررت به درهم ، فتكون الواو قد عطفت جملة علىٰ جملة .

وأما الجر . . فلما كان لحناً رجعنا إلىٰ ما يفهم منه عرفاً وهو اليقين فلزم درهم .

قال الرافعي : ويمكن أن يخرج فيه مما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو لا يلزمه إلا بعض درهم . اهـ

وجزم القاضي أبو الطيب بوجوب بعض درهم كما حاوله الرافعي .

وقيل : يجب درهمان ، صرح به الماوردي ، ولم ينقل الرافعي في المسألة خلافاً ، إنما جزم بوجوب درهم ثم ذكر البحث السابق .

قال : (**ولو حذف الواو . . فدرهم في الأحوال**) أي : الرفع والنصب والجر ؛ لاحتمال إرادة تأكيد الأول بالثاني .

وقال أبو إسحاق : إن كان عالماً بالعربية . . لزمه أحد عشر درهماً ؛ لأنه أقل عدد مركب يفسر بمنصوب .

وقد تحصلنا على اثنتي عشرة مسألة ؛ لأن (كذا) إما مفردة أو مركبة[1] أو معطوفة ، و(الدرهم) إما أن يرفع ، أو ينصب ، أو يجر ، أو يسكن ، ثلاثة في أربعة ، والواجب في الجميع : درهم ، إلا مع العطف والنصب . . فدرهمان .

قال : (**ولو قال : له ألف ودرهم . . قبل تفسير الألف بغير الدراهم**) فالدرهم

---

(١) في هامش (ك) : (معنىٰ تركيبها هنا : تكريرها وعدم لزوم تعدد بها ، فكأن « كذا » المتكررة كالمرة الواحدة ، لا أن المراد بتركيبها البسيطةُ وغيرها كما قد يتوهم) .

وَلَوْ قَالَ : خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَماً . . فَٱلْجَمِيعُ دَرَاهِمُ [عَلَى ٱلصَّحِيحِ] . وَلَوْ قَالَ : ٱلدَّرَاهِمُ ٱلَّتِي أَقْرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةُ ٱلْوَزْنِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ ٱلْبَلَدِ تَامَّةَ ٱلْوَزْنِ . فَٱلصَّحِيحُ : قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلاً ، وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنِ ٱلإِقْرَارِ ، . . .

مبين ويرجع في تفسير الألف إليه ؛ لأن العطف إنما وضع للزيادة ، ولم يوضع للتفسير ؛ لأنه مبهم .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : تكون الألف من جنس المعطوف ، وطردا ذلك في كل معطوف مكيل أو موزون أو معدود .

لنا : القياس علىٰ عكسه ، وهو درهم وألف فإنهما سلما أن الألف باق علىٰ إبهامه .

ولو قال له : علي ألف درهم برفعهما وتنوينهما . . فله تفسير الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم وكأنه قال : ألف مما قيمة الألف منه درهم .

قال : (**ولو قال : خمسة وعشرون درهماً . . فالجميع دراهم [على الصحيح]**) ؛ لأن التميز كالوصف ، وهو يعود إلى الجميع عندنا .

والثاني : أن الخمسة مبهمة ؛ لوقوعها معطوفاً عليها والعشرون مفسرة بالدرهم ، وضعف هـٰذا بأنه يلزم عليه أنه لو قال : بعتك الثوب بمئة وخمسين درهماً . . لا يصح ، ولم يقل به أحد . ولو قال : خمسة عشر درهماً . . فالجميع دراهم جزماً . ولو قال عشرة دراهم ونصف . . ففي كون النصف مجملاً وجهان .

ولو قال عشرة ونصف درهم . . فالعشرة مجملة يرجع في تفسيرها إليه .

قال : (**ولو قال : الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن ؛ فإن كانت دراهم البلد تامة الوزن . . فالصحيح : قبوله إن ذكره متصلاً**) كما لو استثنىٰ (**ومنعه إن فصله عن الإقرار**) ؛ لأن لفظ الدراهم صريح فيه وضعاً وعرفاً .

والثاني : يقبل ؛ لأن اللفظ يحتمله ، والأصل براءة الذمة ، قال في « الروضة » وهو شاذ .

ثم إذا ادعى النقصان وصدقناه . . رجع إليه في التفسير ، فإن تعذر نزل علىٰ أقل درهم .

وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً . . قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ ، وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي ٱلنَّصِّ . وَٱلتَّفْسِيرُ بِٱلْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِٱلنَّاقِصَةِ . . . .

ومراده بالبلد : بلد الإقرار .

قال : (**وإن كانت ناقصة . . قبل إن وصله**) ؛ لأن اللفظ والعرف يصرفانه إليه .

قال : (**وكذا إن فصله في النص**) حملاً على المعهود واعتباراً بعرف البلد كالمعاملات .

وفي وجه : لا يقبل حملاً له علىٰ عرف الإسلام كما أن نصب الزكاة لا تختلف باختلاف البلاد ، وهـٰذا الوجه قواه في « الروضة » ، وهو يقول في خطبة هـٰذا الكتاب : إنه يقابل النص بوجه ضعيف أو قول مخرج .

قال : (**والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة**) ؛ لأن نقرتها تنقص عن الخالصة ، فيأتي فيه الخلاف والتفصيل المتقدم .

فروع :

لو فسر الدراهم بسكة غير سكة البلد . . قبل خلافاً للمزني ، وكذا لو فسره بجنس رديء ويخالف البيع ، فإنه يحمل علىٰ سكة البلد ؛ لأن الغالب في المعاملة قصد ما يروج في البلد ، والإقرار إخبار عن سابق ، ولو فسره بالفلوس . . لم يقبل بالاتفاق سواء فصل أو وصل ولو غلب التعامل بها في البلد[1] .

ولو قال : دريهم أو دريهمات . . فهو كدرهم صغير أو دراهم صغار ، فيأتي في التفسير بالنقص التفصيل المتقدم .

ولو قال : علي دراهم . . لزمه ثلاثة ، ولا يقبل تفسيره بأقل منها ، وفيه وجه : أنه يقبل بدرهمين بناء علىٰ أنهما أقل الجمع ، ولو فسر بأكثر من ثلاثة . . قبل ، ولو وقع التفسير بعد الحجر عليه بمرض أو سفه . . فكما لو وقع قبله .

---

(١) في هامش (ك) : (الذي ينبغي ـ كما قاله الولي العراقي ـ قبول التفسير بها وإن فصله عن الإقرار إذا غلب التعامل بها ببلد بحيث هجر التعامل بالفضة ، وإنما تؤخذ عوضاً عن الفلوس كالديار المصرية في هـٰذا الزمان) .

وَلَوْ قَالَ : عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ . . لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ ؛ فَإِنْ أَرَادَ ٱلْمَعِيَّةَ . . لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ، . . . .

ولو قال : أقل أعداد الدراهم فدرهمان .

قال : (**ولو قال : علي من درهم إلىٰ عشرة . . لزمه تسعة في الأصح**) إدخالاً للطرف الأول ؛ لأنه مبدأ الالتزام .

والثاني : تلزمه ثمانية .

والثالث : تلزمه عشرة واختاره الشيخ ، والمسألة تقدمت في (الضمان) والحكم فيه وفي الإقرار والإبراء والنذر واليمين والوصية والطلاق[1] ينبغي أن يكون واحداً .

ولو قال : له علي ما بين الدرهم إلى العشرة . . فالصحيح المنصوص : لزوم ثمانية .

وقيل : تلزمه تسعة ونقله في « المفتاح » عن النص .

وقيل : عشرة ، قاله القفال .

وحكى الرافعي في (الوصية) فيما إذا قال : أعطوه ما بين درهم إلىٰ عشرة وجهاً : أنه إذا أراد الحساب . . أعطي خمسة وخمسين ، فإن لم يرد شيئاً . . أعطي ثمانية وإلا . . فثمانية ولا شك في طرده في الإقرار . اهـ

وهـٰذا إنما يأتي علىٰ إدخال الطرفين .

قال : (**ولو قال : درهم في عشرة ؛ فإن أراد المعية . . لزمه أحد عشر**) ؛ لأنه الحاصل من الواحد والعشرة ، وذكر النحاة من جملة معاني (في) المصاحبة وهي المعية كقوله تعالىٰ : ﴿ فَخَرَجَ عَلَىٰ قَوْمِهِۦ فِى زِينَتِهِۦٓ ﴾ ، ﴿ ٱدْخُلُواْ فِىٓ أُمَمٍ ﴾ .

وقوله صلى الله عليه وسلم فيما يحكي عن ربه عز وجل : « . . . وإن ذكرني في ملأ ذكرته في ملأ خير منهم . . . »[2] .

---

(١) في هامش (ك): (الأصح في مسألة الطلاق وهي ما لو قال : أنت طالق من واحد إلى ثلاث . . أنه تقع ثلاث؛ كما ذكره في « الروضة » في « باب الطلاق » ، وفرق في « شرح الروض » بينهما بأن الطلاق محصور في عدد ، فالظاهر : استيفاؤه ، بخلاف الدين الذي يضمن أو يبرأ منه) .

(٢) أخرجه البخاري (٧٤٠٥) ، ومسلم (٢٦٧٥) ، وغيرهما .

أَوِ ٱلْحِسَابَ . . فَعَشَرَةٌ ، وَإِلاَّ . . فَدِرْهَمٌ .

ثم إن ما ذكره المصنف تبعاً للرافعي وعبر عنه في « التصحيح » بالصواب ، استشكله الشيخ بأنه لو قال : درهم مع درهم . . لزمه درهم ، وعللوه باحتمال أنه قد يريد درهم مع درهم لي ، فإذا أوجبوا عليه درهماً مع التصريح بالمعية . . فمع نيتها أولىٰ[1] ، وبتقدير لزوم أحد عشر ينبغي أن يلزمه درهم ، ويرجع في تفسير العشرة إليه ، فلتحمل مسألة الكتاب علىٰ ما إذا قال : مع عشرة دراهم له ، ولا إشكال حينئذ .

قال : (**أو الحساب . . فعشرة**) ؛ لأن الواحد في العشرة بعشرة ، هـٰذا إذا كان يعرف الحساب ، فإن كان لا يعرفه . . ففي « الكفاية » أنه يشبه[2] أن يلزمه درهم واحد وإن قال : أردت ما يريد الحساب ، وهو قياس ما يأتي تصحيحه في (الطلاق) .

قال : (**وإلا . . فدرهم**) أي : إذا لم يرد المعية ولا الحساب سواء أطلق أو أراد الظرفية ؛ لأنه المتحقق ، وفي قول : يحمل عند الإطلاق علىٰ موجب الحساب وهو عشرة ؛ لأنه أظهر في الاستعمال .

تتمة :

قال : له علي اثنا عشر درهماً وسدسٌ (بالرفع) أو وسدسٍ (بالخفض) . . لزمه اثنا عشر وزيادة سدس ، وأما إذا قال : وسدساً (بالنصب) . . فالأصح كذلك ، ولا يضره اللحن إن لم يكن نحوياً ، وإن كان نحوياً . . لزمه أربعة عشر درهماً كأنه قال : اثنا عشر درهماً واثنا عشر سدساً .

وقال بعض الفقهاء : تلزمه سبعة دراهم كأنه قال : اثنا عشر من الدراهم والأسداس ، كقول القائل : رأيت اثني عشر رجلاً وامرأة تنزيلاً على النصف في كل منهما .

وقال المتولي : يقبل تفسيره بسبعة دراهم وخمسة أسداس درهم ، ولا تلزمه زيادة

---

(١) في هامش (ك) : (أجيب عنه بأن نية « مع » يقدر فيه العطف ولا كذلك التصريح بها) .
(٢) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

فَصْلٌ :

قَالَ : لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ ، أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ . . لاَ يَلْزَمُهُ ٱلظَّرْفُ ، أَوْ غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ ، أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ . . لَزِمَهُ ٱلظَّرْفُ وَحْدَهُ ، . . . .

وتقديره : اثنا عشر عدداً من الدراهم والأسداس ، وغاية ما يطلق عليه اسم الأسداس خمسة ، وإن زاد عليه سدساً . . سمي درهماً ، فجعل خمسة من العدد أسداساً تبقىٰ سبعة فتكون دراهم ، فيكون المبلغ سبعة وخمسة أسداس ، قال : هـٰذا هو المتيقن ، وما زاد مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك شيء .

قال : (**فصل** :

قال : له عندي سيف في غمد ، أو ثوب في صندوق . . لا يلزمه الظرف) ؛ لأنه لم يقر به ، والإقرار يعتمد اليقين ، وكذا لو قال : غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في قارورة أو حنطة في مكيال أو تمراً في جراب ونحو ذلك .

وقال أبو حنيفة : الإقرار بالظرف والمظروف إقرار بهما إن كان ذلك مما يحرز في الظرف غالباً ، كالتمر في الجراب والزيت في الجرة ، بخلاف الفرس في الإصطبل .

وقال بعض فقهاء المدينة : إن كان المقر به ذائباً كالزيت في جرة . . دخل الظرف في الإقرار ، وإن كان جامداً . . لم يدخل .

و(الغمد) بكسر الغين : غلاف السيف ، تقول : غمدت السيف أغمده وأغمده فهو مغمد ومغمود لغتان فصيحتان .

و(الظرف) : الوعاء ، ومنه : ظرف الزمان والمكان عند النحويين .

قال : (**أو غمد فيه سيف ، أو صندوق فيه ثوب . . لزمه الظرف وحده**) ؛ لما ذكرناه ، وهـٰكذا كل ظرف ومظروف لا يكون الإقرار بأحدهما إقراراً بالآخر .

ولو قال : خاتم فيه فص . . فالأصح المنصوص : أنه لا يكون مقراً بالفص ، ولو اقتصر علىٰ قوله : عندي خاتم ، وجاء بخاتم فيه فص وقال : ما أردت الفص . . ففي قبوله وجهان : أصحهما : لا وهو مقر بالفص ، قال الرافعي : وينبغي أن يقطع به .

أَوْ عَبْدٌ عَلَىٰ رَأْسِهِ عِمَامَةٌ . . لَمْ تَلْزَمْهُ ٱلْعِمَامَةُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ . . لَزِمَهُ ٱلْجَمِيعُ . وَلَوْ قَالَ : فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ . . فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَىٰ أَبِيهِ بِدَيْنٍ . . . .

قال : (**أو عبد علىٰ رأسه عمامة . . لم تلزمه الغمامة على الصحيح**) ؛ لأنه لم يقر بها ، ومثله لو قال : في وسطه منطقة أو عليه قميص أو في رجله خف .

والثاني ـ وبه قال القاضي وجماعة ـ : يكون إقراراً بهما ؛ لأن للعبد يداً علىٰ ملبوسه ، وما في يد العبد هو في يد سيده .

ولو قال : عبد معه مال . . لم يدخل المال .

و(العمامة) بكسر العين وضمها حكاهما ابن كيسان ، وجمعها عمائم ، ومنه : العمائم تيجان العرب .

قال : (**أو دابة بسرجها أو ثوب مطرز . . لزمه الجميع**) أما في دابة بسرجها . . فبلا خلاف ؛ لأن (الباء) بمعنىٰ (مع) وقد تقدم استشكال ذلك ، ومثله : دار بفرشها أو عبد بثيابه ، وأما ثوب مطرز . . فهو المذهب ؛ لأن الطراز جزء من الثوب ، وقيل : إن كان الطراز منسوجاً . . لزمه ، وإن كان مركباً . . فوجهان .

ولو قال : عليه طراز . . قال في « المطلب » : يظهر أنه كالمطرز[1] .

قال الرافعي : والضابط أن ما لا يتبع في البيع لا يدخل في الإقرار ، وما يدخل في البيع يدخل في الإقرار إلا الثمار غير المؤبرة .

وأورد الشيخ عليه ثياب العبد ، فإنها لا يتناولها الاسم وفي دخولها في البيع خلاف ، ولم يقل أحد بدخولها في الإقرار من جهة التبعية ، أما من جهة اليد . . ففيها خلاف تقدم .

قال : (**ولو قال : في ميراث أبي ألف . . فهو إقرار علىٰ أبيه بدين**) نص عليه ووافقه الجمهور ؛ لأن الوصية تختص بالثلث .

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح خلافه) .

وَلَوْ قَالَ : فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ . . فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ . وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ، وَلَوْ قَالَ : دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ . . . .

وقوله : (في ميراث أبي) يعم الجميع[1] .

قال : (**ولو قال : في ميراثي من أبي [ألف]**) يعني الألف درهم (. . **فهو وعد هبة**) نص عليه أيضاً ، إلا أنه قيده بما إذا لم يرد إقراراً ، فإن أراد الإقرار . . صح .

والفرق : أن في هـٰذه الصورة أضاف الميراث إلىٰ نفسه ثم جعل له جزءاً ، وذلك لا يكون إلا علىٰ وجه الهبة ، وفي الصورة الأولىٰ لم يضف الميراث إلىٰ نفسه ولا جعل له جزءاً من ماله ، وفي هـٰذا إشكال ؛ لأن الدين عندنا لا يمنع انتقال التركة ، فإضافته إلىٰ نفسه لا تمنع كونه إقراراً علىٰ أبيه .

ولعل الشافعي رضي الله عنه بنىٰ هـٰذا على العرف ، فإن أهله لا يضيفون إلىٰ أنفسهم إضافة الملك إلا في الملك المستقر .

وعلىٰ هـٰذا : المقر بالخيار إن شاء أقبضها وأمضى الهبة ، وإن شاء أمسكها ورد الهبة ، وقيل : قولان فيهما .

وصورة المسألة : إذا كان الميراث دراهم ، فإن لم يكن . . فإنه يلتحق بما إذا قال : له في هـٰذا العبد ألف ، فيسأل ويبين ما أجمله .

وشرط المسألتين : أن لا يذكر صيغة الالتزام ، فإن ذكرها كعلي ونحوها . . فهو إقرار بكل حال[2] ، وإذا لم يكن المقر جائزاً وكذبه الباقون . . لم يغرم إلا بالحصة في الأظهر .

قال : (**ولو قال : له علي درهم درهم . . لزمه درهم**) ؛ لجواز إرادة التأكيد ولو كرر ذلك ألف مرة ، سواء قاله في مجلس أو مجالس .

قال : (**ولو قال : درهم ودرهم . . لزمه درهمان**) ؛ لأن العطف يقتضي المغايرة ، وكذا لو قال : درهم ثم درهم ؛ لأن (الواو) و(ثم) في ذلك سواء .

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة) .

(٢) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : فينبغي أن يستفسر عند إطلاقه ويعمل بقوله) ورمز له بالصحة .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ . . لَزِمَهُ بِٱلأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ ، وَأَمَّا ٱلثَّالِثُ ؛ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ ٱلثَّانِي . . لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ نَوَى ٱلِاسْتِئْنَافَ . . لَزِمَهُ ثَالِثٌ ، وَكَذَا إِنْ نَوَىٰ تَأْكِيدَ ٱلأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وكذا لو قال : درهم ودرهم ثم درهم . . لزمه ثلاثة قطعاً ، فإن قال : درهم فدرهم ، فإن أراد العطف . . لزمه درهمان ، وإلا . . فالنص أنه يلزمه درهم ، والنص فيما لو قال : أنت طالق فطالق يقع طلقتان ، وفي المسألة قولان بالنقل والتخريج ، والأصح : تقرير النصين ، والفرق : أن الإقرار إخبار والطلاق إنشاء وهو أقوىٰ وأسرع نفوذاً ، ولهـٰذا لو أقر بالدرهم في يومين . . لزمه درهم واحد ، بخلاف ما لو تلفظ بالطلاق في يومين .

قال : (**ولو قال : درهم ودرهم ودرهم . . لزمه بالأولين درهمان**) ؛ لاقتضاء العطف المغايرة .

قال : (**وأما الثالث ؛ فإن أراد به تأكيد الثاني . . لم يجب به شيء ، وإن نوى الاستئناف . . لزمه ثالث**) عملاً بنيته وإرادته .

قال : (**وكذا إن نوىٰ تأكيد الأول**) أي : بالثالث (**أو أطلق في الأصح**) أما وجه لزوم الثلاث إذا نوىٰ بالثالث تأكيد الأول . . فإن هـٰذا التأكيد ممتنع للفصل والعطف ، ووجه مقابله العمل بما نواه والعطف .

وأما مسألة الإطلاق . . فوجه لزوم الثلاث فيها : أن تأكيد الثاني بالثالث وإن كان جائزاً لـٰكنه إذا دار اللفظ بين التأسيس والتأكيد . . كان حمله على التأسيس أولىٰ .

ووجه لزوم الدرهمين : أن كون الأصل هو التأسيس ، وإعمال اللفظ عارضه كون الأصل براءة الذمة فتساقطا .

فروع :

قال : له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم أو علىٰ درهم . . لزمه درهم واحد ، ولو قال : له علي درهم بل درهم . . لزمه درهم واحد ، وكذا لو قال : لا بل درهم أو لـٰكن بل درهم على الصحيح .

وَإِنْ أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِٱلْبَيَانِ فَٱمْتَنَعَ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ يُحْبَس . .

ولو قال : درهم بل درهمان أو لا بل درهمان أو لـٰكن درهمان ، أو قفيز حنطة بل قفيزان أو لا بل قفيزان أو لـٰكن قفيزان . . لم يلزمه إلا درهمان أو قفيزان ، بخلاف نظيره من الطلاق فإنه يقع به ثلاث طلقات ، وبمثله قال زفر في الإقرار .

هـٰذا كله إذا لم يعين المقر به واتحد الجنس ، أما إذا عينه كما إذا قال : عندي هـٰذا الدرهم بل هـٰذان الدرهمان أو هـٰذا القفيز بل هـٰذان القفيزان ، أو لا بل هـٰذان الدرهمان أو لا بل هـٰذان القفيزان . . فتلزمه ثلاثة دراهم وثلاثة أقفزة .

ولو اختلف جنس الأول والثاني كـ : له درهم بل ديناران أو دينار بل قفيزان . . لزمه الجميع .

قال : (**وإن أقر بمبهم كشيء وثوب وطولب بالبيان فامتنع . . فالصحيح : أنه يحبس**) ؛ لأن البيان واجب عليه .

والثاني : لا يحبس ؛ لأنه قد لا يعلمه بل يعرض عليه اليمين ، فإن أصر . . جعل ناكلاً وحلف المدعي .

والثالث : إن أقر بغصب . . حبس ، وإن أقر بدين . . فلا ؛ لأن المقر له قد لا يدري ما الذي غصب له ، بخلاف الدين فإن الغالب أن صاحبه يعرفه .

والرابع : إن أقر بثوب ونحوه . . حبس ، وإن أقر بشيء . . لم يحبس بناء علىٰ قبول تفسير الشيء بالجزء ونحوه مما لا تمكن معه المطالبة ، وكلام المصنف يشعر بجواز الدعوىٰ عليه بما أقر به من المجهول ، وفي سماع ذلك وجهان جاريان في سماع الشهادة به .

قال في « المطلب » : وقد مال الرافعي في (كتاب الدعاوىٰ) إلىٰ ترجيح القول بسماعها[1] ، فلو مات المقر بالشيء قبل البيان . . طولب به الوارث ، فإن امتنع : فقولان :

أحدهما : يوقف مما ترك أقل متمول .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ ٱلْمُقَرُّ لَهُ . . فَلْيُبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ ، وَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ . وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ . . لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَ ٱلْقَدْرُ . . دَخَلَ ٱلأَقَلُّ فِي ٱلأَكْثَرِ ، وَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَىٰ جِهَتَيْنِ ، أَوْ قَالَ : قَبَضْتُ يَوْمَ ٱلسَّبْتِ عَشَرَةً ثُمَّ قَالَ : قَبَضْتُ يَوْمَ ٱلأَحَدِ عَشَرَةً . . لَزِمَاهُ . . .

وأصحهما : يوقف الجميع ؛ لأنه مرتهن بالدين .

واستشكل في « المطلب » القولين ؛ لأن التفسير بالاختصاصات مقبول[1] .

نعم ؛ يتجه الخلاف إذا قال : له علي مال .

قال : (**ولو بين**) أي : إقراره المبهم (**وكذبه المقر له . . فليبين**) أي : المقر له مقداراً (**وليدع ، والقول قول المقر في نفيه**) إذا كان ما ادعاه من الجنس بأن قال المقر : مئة درهم فقال المقر له : مئتان ، فإن صدقه علىٰ إرادة المئة . . فهي ثابتة باتفاقهما ، والنزاع في استحقاق المئة الزائدة فيحلف المقر علىٰ نفيها .

وإن كان ما ادعاه من غير الجنس . . فينظر ، إن صدقه في الإرادة . . فالقول قول المقر في نفي غيره ، وإن كذبه في دعوى الإرادة وقال : إنما أراد ما ادعيته . . حلف المقر علىٰ نفي الإرادة .

قال : (**ولو أقر له بألف ثم أقر له بألف في يوم آخر . . لزمه ألف فقط**) سواء وقعا في مجلس أو مجلسين فأكثر ؛ لأن الإقرار خبر ولا يلزم من تعدده تعدد المخبر به ، ولا فرق بين أن يكتب به صكين في زمنين أو لا ، وخالف أبو حنيفة إذا تعددت الصكوك والمجالس .

قال : (**فإن اختلف القدر . . دخل الأقل في الأكثر**) ؛ لأنه يحتمل أنه ذكر بعض ما أقر به أولاً .

قال : (**ولو وصفهما بصفتين مختلفتين أو أسندهما إلىٰ جهتين ، أو قال : قبضت يوم السبت عشرة ثم قال : قبضت يوم الأحد عشرة . . لزماه**) ؛ لأن اتحادهما غير ممكن ، فالصفتان كالصحاح والمكسرة والجهتان كالبيع والقرض ، فلو قيد أحدهما وأطلق

---

(1) في هامش (ك) : (قد قدم هـٰذا الشارح قريباً) .

وَلَوْ قَالَ : عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ . . لَزِمَهُ ٱلْأَلْفُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

الآخر . . حمل المطلق على المقيد ، ولا تعدد ، وقوله : (مختلفتين) لا حاجة إليه .

مهمة :

أقر أنه لا دعوىٰ له ولا طلب بوجه ولا سبب علىٰ فلان ثم قال : إنما أردت في عمامته أو قميصه لا في داره ، قال القاضي أبو سعيد : يقبل ؛ لأنه تخصيص عموم وهو محتمل ، كذا قاله الرافعي .

وضعف هـٰذا في « الروضة » وقال : الصواب : أنه لا يقبل[1] .

والراجح : القبول مع اليمين فيما إذا ادعىٰ أنه نسيه ، كما أفتىٰ به ابن الصلاح[2] ، وصرح به الرافعي في هـٰذا الباب فيما لو قال : لا حق لي في شيء مما في يد فلان ، ثم ادعىٰ شيئاً وقال : لم أعلم كونه في يده يوم الإقرار . . فإنه يصدق بيمينه .

قال : (**ولو قال : علي ألف من ثمن خمر أو كلب أو ألف قضيته . . لزمه الألف في الأظهر**) من هنا إلىٰ آخر الفصل معقود لتعقيب الإقرار بما يرفعه، فإذا قال : ألف من ثمن خمر أو كلب أو ألف قضيته . . لزمه الألف ؛ لأنه وصل بإقراره ما يرفعه فأشبه ما لو قال : ألف لا تلزمني ؛ لأن الجميع كلام واحد ، كذا أطلقه الأصحاب .

والقول الثاني : لا يلزم ؛ لأن الجميع كلام واحد لا يفصل أوله عن آخره كقوله : لا إلـٰه إلا الله لا يكون كفراً وإيماناً ، وقد وصل بما هو محتمل فأشبه قوله : أنت طالق إن شاء الله .

والأصل فراغ ذمته ، وخالف الاستثناء المستغرق ، فإنه رفع من الوجه الذي أثبت فلم يقبل ، وهـٰذا ليس كذلك .

وعلىٰ هـٰذا : له تحليف المقر أنه كذلك ، وقطع بعضهم باللزوم في المسألة

---

(١) في هامش (ك) : (أي وله تحليف خصمه) ورمز لما في «الروضة» بالصحة .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ قَالَ : مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَ سَلَّمْتُ . . قُبِلَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ وَجُعِلَ ثَمَناً . . . .

الثانية ؛ لعدم الانتظام ، فإن ما قضاه ليس عليه ، بخلاف ثمن الخمر فإن إطلاقه معهود عرفاً لظن اللزوم .

وإن قدمه كقوله : من ثمن خمر له علي ألف . . لم يلزمه قطعاً ، كذا في « الروضة » وهو المنصوص ، لـٰكن في (باب التيمم) في « شرح المهذب » عن الشاشي طرد القولين مطلقاً .

ولو قال : كان له علي ألف . . فقد قيل : يلزمه استصحاباً لما كان ، والأصح في « تصحيح التنبيه » : لا يلزمه شيء ؛ لأنه لم يعترف به في الحال .

وعبارته في « الروضة » : ينبغي أن يكون أصحهما الثاني[1] .

قال : (**فلو قال : من ثمن عبد . . لم أقبضه إذا سلم سلمت . . قُبل على المذهب وجعل ثمناً**) ؛ لأن المذكور آخراً لا يدفع ما أقر به أولاً .

والثاني : طرد القولين في المسألة قبلها .

وقوله : (لم أقبضه) لا فرق بين أن يأتي به متصلاً أو منفصلاً ؛ لأنه أطلق العبد ، والأصل عدم قبضه ، وهـٰذا بخلاف ما إذا أطلق الألف ثم ادعىٰ بعد ذلك أنه من ثمن عبد فإنه لا يقبل .

أما قوله : (إن سلم سلمت) . . فهو زيادة في التصوير لا حاجة إليها .

وقوله : (وجعل ثمناً) المراد : أنه تجري عليه أحكامه ولا حاجة إليه أيضاً ، ولهـٰذا لم يذكره في « الروضة » .

فلو قال : أقرضني ألفاً ثم ادعىٰ أنه لم يقبضه . . ففي « الحاوي » : أنه يقبل[2] . قال في « المطلب » : ولا أظن أنه يأتي فيه خلاف .

---

(١) في هامش (ك) : (فإن الماضي ما مضىٰ وانقضىٰ ، وحسن معه أمس ، فكأنه قال : لاتستحق عليَّ ألفاً ، لا فرق على الراجح بين أن يقول مع ذلك : قضيتها أو لا ، ما لم يكن ذلك في جواب دعوىٰ ، فيكون قوله : « كان له عليَّ » . . إقراراً) ورمز لما في «الروضة» بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ قَالَ : أَلْفٌ إِنْ شَاءَ ٱللهُ . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ قَالَ : أَلْفٌ لاَ يَلْزَمُنِي . لَزِمَهُ . . . .

فرع :

ادعىٰ عليه مئة فقال : قضيتك منها خمسين نص الشافعي رضي الله عنه علىٰ أنه مقر بالخمسين مدع لقضائها فيقبل اعترافه دون القضاء ، وسيأتي في (الدعوىٰ والبينات) عند قول المصنف : (ولو أجاب بنفي السبب المذكور . . حلف عليه) .

قال : (**ولو قال : ألف إن شاء الله . . لم يلزمه شيء على المذهب**) ؛ لأنه لم يجزم بالإقرار ، وإنما علقه بالمشيئة وهي غيب عنا .

وقيل : هو على القولين فيما إذا قال : له علي ألف من ثمن خمر ؛ لأنه لو اقتصر علىٰ أول الكلام . . لكان إقراراً لازماً والمصنف ذكر هـٰذه المسألة في (كتاب الطلاق) وشرط فيها قصد التعليق ، وألحق بها (إن لم يشأ) أو (إلا أن يشاء) وكل هـٰذا ينبغي مثله هنا[1] .

والتعليق بمشيئة زيد كالتعليق بمشيئة الله تعالىٰ فلا يلزم به شيء على المذهب .

ولو قال : له علي ما في حسابي أو ما خرج بخطي أو ما أقر به عني زيد . . فليس شيء من ذلك إقراراً .

ولو قال : له علي ألف أو لا . . وقع للرافعي فيها اختلاف تصحيح ، والمذهب : أنه لا يقع بذلك شيء[2] ؛ لأنه شك ، فكأنه يقول : أنا شاك هل له علي ألف درهم أو لا .

وقال أبو حنيفة : عليه الألف ؛ لأنه راجع عنها بعد إثباتها .

لنا : أن الشك أليق بهـٰذا الكلام ، وأشبه بمفهوم الخطاب .

قال : (**ولو قال : ألف لا يلزمني . . لزمه**) ؛ لأنه غير منتظم ولا يبطل به الإقرار ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، أما لو قال : علي ألف لا يلزمني الآن . . فإنه لا يطالب

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (أي : لايلزمه بذلك شيء) .

وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ، ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ : أَرَدْتُ هَـٰذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ ، فَقَالَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ آخَرُ . . صُدِّقَ ٱلْمُقِرُّ فِي ٱلأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ ، فَإِنْ كَانَ قَالَ : فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْناً . . صُدِّقَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

بها ، كما نقله الرافعي قبيل (باب دعوى النسب) بنحو ورقة وعلله بأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم ، وهـٰذه مسألة حسنة .

كان الشيخ يقول : محل الخلاف في أن المفهوم حجة أم لا في كلام الله تعالىٰ ورسوله ، أما في كلام المجتهدين والمصنفين . . فلا[1] .

قال : (**ولو قال : له علي ألف ، ثم جاء بألف وقال : أردت هـٰذا وهو وديعة ، فقال المقر له : لي عليك ألف آخر . . صدق المقر في الأظهر بيمينه**) ؛ لأنه قد يريد بـ(علي) عندي كقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ ﴾ ، وقد يريد ذلك لكونه تعدىٰ فيها فصارت مضمونة عليه .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : القول قول المقر له ؛ لأن كلمة (علي) ظاهرة في الثبوت في الذمة ، فأشبه من أقر بثوب ثم جاء بعبد فإنه لا يقبل منه قطعاً ، ويطالب بالثوب .

وكيفية اليمين : أن يحلف بالله أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرىٰ إليه ، وأنه ما أراد بإقراره إلا هـٰذه .

ثم جميع ما تقدم إذا فصل قوله (وديعة) عن الإقرار كما أشار إليه المصنف بقوله : (ثم) .

فإن قال : له علي ألف وديعة . . فالمذهب : قبوله ، وقيل : علىٰ قولين كقوله : ألف قضيتها .

قال : (**فإن كان قال : في ذمتي أو ديناً . . صدق المقر له على المذهب**) ؛ لأن العين لا تكون ديناً ولا في الذمة .

وقيل : يصدق المقر ؛ لاحتمال أن يريد له ألف في ذمتي إن تلف .

وصورة المسألة : أن تنفصل دعواه الوديعة عن الإقرار ، فإن وصلها به فقال : علي

---

(1) في هامش (ك) : (الأصح : أنه في كلامهم حجة أيضاً) .

قُلْتُ : فَإِذَا قَبِلْنَا ٱلتَّفْسِيرَ بِٱلْوَدِيعَةِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَتُقْبَلُ دَعْوَاهُ ٱلتَّلَفَ بَعْدَ ٱلإِقْرَارِ وَدَعْوَى ٱلرَّدِّ ، وَإِنْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ . . صُدِّقَ فِي دَعْوَى ٱلْوَدِيعَةِ وَٱلرَّدِّ وَٱلتَّلَفِ قَطْعاً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ : كَانَ فَاسِداً وَأَقْرَرْتُ لِظَنِّي ٱلصِّحَّةَ . . لَمْ يُقْبَلْ ، وَلَهُ تَحْلِيفُ ٱلْمُقَرِّ لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ . . حَلَفَ ٱلْمُقِرُّ وَبَرِىءَ . . . .

ألف وديعة . . قُبل ، وقيل : على القولين .

قال : (**قلت : فإذا قبلنا التفسير بالوديعة . . فالأصح : أنها أمانة ، فتقبل دعواه التلف بعد الإقرار ودعوى الرد**) ؛ لأن هـٰذا شأن الوديعة ، ولأنه يجوز أن يكون مراده بقوله : (علي) إنما هو وجوب الحفظ والتخلية عند الطلب .

والثاني : أنها تكون مضمونة ، فلا تقبل دعوى التلف والرد ؛ لأن هـٰذه اللفظة ظاهرة في صيرورة العين مضمونة بسبب التعدي .

وقوله : (بعد الإقرار) متعلق بـ(التلف) ، واحترز به عما إذا قال : أقررت بها ظاناً بقاءها ، ثم تبينت أو تذكرت أنها تلفت أو أني رددتها قبل الإقرار . . فإنه لا يقبل ؛ لأنه مخالف لقوله حين الإقرار أنها عليه .

قال : (**وإن قال : له عندي أو معي ألف . . صدق في دعوى الوديعة والرد والتلف قطعاً والله أعلم**) ؛ لأن كلامه لا إشعار له بالدينية ولا بالضمان .

قال : (**ولو أقر ببيع أو هبة وإقباض ثم قال : كان فاسداً وأقررت لظني الصحة . . لم يقبل**) ؛ لأن الاسم يحمل عند الإطلاق على الصحيح .

قال الشيخ : ومن يقول في باب اختلاف المتبايعين بتصديق مدعي الفساد ويسلم أن الاسم يشمل الصحيح والفاسد . . لا يبعد هنا أن يصدق المقر واحترز بقوله : (أو هبة وإقباض) عما إذا أقر بالهبة فقط فإنه لا يكون مقراً بالإقباض على المذهب .

قال : (**وله تحليف المقر له**) ؛ لإمكان ما يدعيه وقد تخفىٰ عليه جهات الفساد .

قال : (**فإن نكل . . حلف المقر وبرىء**)[1] ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار أو

---

(١) في هامش (ك) : (أي : عن الدعوىٰ ، فاندفع اعتراض الشارح) .

وَلَوْ قَالَ : هَـٰذِهِ ٱلدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو ، أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو . سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو . وَيَصِحُّ ٱلِاسْتِثْنَاءُ إِنِ ٱتَّصَلَ . . . . . .

كالبينة وكلاهما يفيد صدق المقر ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » : حكم ببطلان البيع والهبة ؛ وهو الصواب ، وتعبير « المنهاج » بالبراءة لا يستقيم ؛ فإن النزاع في عين لا في دين .

قال : (**ولو قال : هـٰذه الدار لزيد بل لعمرو ، أو غصبتها من زيد بل من عمرو . . سلمت لزيد**)[1] ؛ لأن من أقر لآدمي بحق لا يقبل رجوعه .

قال : (**والأظهر : أنه يغرم قيمتها لعمرو**) ؛ لأنه أحال بينه وبين ملكه بإقراره الأول ، والحيلولة سبب الضمان بدليل ما إذا غصب عبداً فأبق من يده . . فإنه يضمنه ، والحيلولة القولية كالفعلية .

والقول الثاني : لا يغرم ؛ لأن الإقرار له قد صادف ملك الغير فلا يلزمه شيء ، كما لو أقر بالدار التي في يد زيد لعمرو ، ووراء ما ذكره المصنف وجوه :

أحدها : إن سلمها بنفسه . . غرم ، وإن انتزعها الحاكم منه وسلمها . . فلا .

والثاني : يغرم في الثانية دون الأولىٰ .

والثالث : إن تعمد . . غرم ، وإن أخطأ . . فلا ، فلو قال : هـٰذه الدار لزيد ثم لعمرو . . كان لعمرو أن يغرمه ، كما ذكره في « الوسيط » في (باب الشك في الطلاق)[2] ولم يذكرها الرافعي .

ولو قال : غصبتها من زيد وزيد غصبها من عمرو . . فهي كالمسألتين السابقتين[3] .

قال : (**ويصح الاستثناء**) ؛ لكثرته ووروده في الكتاب والسنة وكلام العرب .

قال : (**إن اتصل**) ؛ لإجماع أهل اللغة ، فإن انفصل . . فهو لغو ، وشرط في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (وجهه : أن الإقرار بالغصب من شخص يقتضي الإقرار بالملك له) .

وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ ، فَلَوْ قَالَ : عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسْعَةً إِلاَّ ثَمَانِيَةً . . وَجَبَتْ تِسْعَةٌ ، . . . .

« الحاوي الصغير » أن يقصد الاستثناء من أول الإقرار ، وصحح المصنف في (الطلاق) أنه يشترط أن يقصده قبل فراغ اليمين ، وأنه لا تضر سكتة التنفس والعي[1] ، والأصح : أنه يضر الكلام اليسير .

قال في « الكافي » : إذا قال : له علي ألف درهم الحمد لله إلا مئة . . لزمه الألف[2] ، ولو قال : ألف درهم أستغفر الله إلا مئة . . صح الاستثناء ؛ لأن قوله : أستغفر الله لاستدراك ما سبق منه ، فكان ملائماً للاستثناء فلم يمنع الصحة وهو حسن[3] ، ولم يشترط المصنف أن لا يتقدم ، وسيأتي في (كتاب الطلاق) أن ذلك لا يشترط .

قال : (**ولم يستغرق**) فإن استغرق . . لغا بالإجماع ، وسيأتي في (الطلاق) إيضاحه .

ولو قال : له علي ألف أستثني منه أو أحط أو أذر مئة . . ففي كونه استثناء صحيحاً وجهان في « الحاوي »[4] .

قال : (**فلو قال : عشرة إلا تسعة إلا ثمانية . . وجبت تسعة**) ؛ لثلاث قواعد :

صحة الاستثناء من المستثنىٰ منه ، ودليل ذلك قوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّآ أُرْسِلْنَآ إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ ۝٥٨ إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٥٩ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ ﴾ ، فاستثنى المرأة من الآل .

وفي « صحيح مسلم » [٢٤٥٥] : عن أنس رضي الله عنه وغيره أنهم قالوا : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخل علىٰ أحد من النساء إلا علىٰ أزواجه إلا علىٰ أم سليم فإنه كان يدخل عليها) .

الثانية : أنه يصح استثناء الأكثر .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (الأوجه : الصحة) .

وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ ٱلْجِنْسِ كَأَلْفٍ إِلاَّ ثَوْباً ، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتَهُ دُونَ ٱلأَلْفِ ، . . . . .

الثالثة : أن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه ، والطريق في ذلك أن يجمع المثبت ويسقط منه المنفي ، أو يسقط المنفي مما قبله ويثبت المثبت ، فإذا قال : له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحداً . . لزمه خمسة ، فلو قال : ليس لفلان علي شيء إلا خمسة . . لزمه خمسة ، ولو قال : ليس له علي عشرة إلا خمسة . . لم يلزمه شيء عند الأكثرين(١) .

قال : (**ويصح من غير الجنس كألف إلا ثوباً**) قال تعالىٰ : ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ .

وقال تعالىٰ : ﴿ مَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ٱتِّبَاعَ ٱلظَّنِّ﴾ .

وقال : ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ .

وقال الشاعر [من الرجز] :

وبلدة ليس بها أنيس   إلا اليعافير وإلا العيس

فاستثنى اليعافير وهو ذكور الظباء والعيس وهي الجمال البيض من الأنيس ، وفي كلام العرب من هـٰذا كثير ، ومنعه أحمد مطلقاً وأبو حنيفة في غير المكيل والموزون ، ولذلك ذكر المصنف الثوب .

تذنيب :

جعل الغزالي (ألفاً إلا ثوباً) استثناء من الجنس وقدره بـ : إلا قيمة ثوب .

وحمل شيخنا قول المصنف : (ألف) على الدراهم التي تقدم ذكرها في أثناء الباب وفيه تكلف ؛ لأنها في لفظ المصنف منكرة فلا يحسن حملها على المعهود .

قال : (**ويبين بثوب قيمته دون الألف**) ؛ لئلا يؤدي إلى الاستغراق ، أما إذا فسر الثوب بما قيمته ألف أو أكثر . . فالأصح بطلان الاستثناء فيلزمه ألف .

والثاني : يبطل التفسير دون الاستثناء فيلزمه أن يفسره ثانياً بثوب قيمته دون الألف .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمِنَ ٱلْمُعَيَّنِ كَهَـٰذِهِ ٱلدَّارُ إِلاَّ هَـٰذَا ٱلْبَيْتَ ، أَوْ هَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمُ إِلاَّ هَـٰذَا ٱلدِّرْهَمَ ، وَفِي ٱلْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ . قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : هَـٰؤُلاَءِ ٱلْعَبِيدُ لَهُ إِلاَّ وَاحِداً . . قُبِلَ وَرُجِعَ فِي ٱلْبَيَانِ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَاتُوا إِلاَّ وَاحِداً فَزَعَمَ أَنَّهُ ٱلْمُسْتَثْنىٰ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فائدة ذكرها ابن سراقة :

عليه لرجل ألف درهم وله عليه قيمة عبد أو ثوب أو عشرة دنانير ، وخاف إن أقر له جحده ، فطريقه : أن يقول : له علي ألف درهم إلا عبداً أو إلا ثوباً أو إلا عشرة دنانير فإن الحاكم يسمع إقراره ويستفسره ، فإن فسره بأقل من الألف . . حلفه أن جميع ما عليه ذلك ثم لم يلزمه غيره ، ويقوم الدنانير ويسقطها من الألف ، وإن كان الغاصب استهلك العبد . . فللمقر أن يسقط ثمنه من الألف ويقر بما بقي ويحلف صادقاً .

قال : (**ومن المعين كهـٰذه الدار إلا هـٰذا البيت**) أو هـٰذا الخاتم إلا هـٰذا الفص (**أو هـٰذه الدراهم إلا هـٰذا الدرهم**) ؛ لأنه كلام صحيح ليس بمحال ، وكذلك الحكم لو قال : هـٰذه الدار لزيد وهـٰذا البيت منها لعمرو .

قال : (**وفي المعين وجه شاذ**) ؛ لأن الاستثناء المعتاد إنما هو من الأعداد المطلقة ، وهـٰذا الوجه هو طريقة القاضي والمتولي ، وسيأتي نقله عنهما في (كتاب الطلاق) فيما لو قال : أربعتكن طوالق إلا فلانة والمعتمد فيه أيضاً : صحة الاستثناء .

قال : (**قلت : ولو قال : هـٰؤلاء العبيد له إلا واحداً . . قبل ورجع في البيان إليه**) ؛ لأنه أعرف بما أراد ، كما لو قال : له عشرة أشياء إلا شيئاً أو إلا درهماً ؛ إذ لا فرق في صحة استثناء المجهول بين العين والدين ، فإن مات قبل البيان قام وارثه مقامه .

قال : (**فإن ماتوا إلا واحداً فزعم أنه المستثنىٰ . . صدق بيمينه على الصحيح والله أعلم**) ؛ لأن ما ادعاه محتمل .

والثاني : لا ؛ لما فيه من التهمة وهو ضعيف ، فإن قتلوا إلا واحداً وزعم أنه المستثنىٰ . . صدق بلا خلاف ، وكذا لو قال : غصبتهم إلا واحداً فماتوا وبقي واحد وزعم أنه المستثنىٰ ؛ لأن أثر الإقرار باق وهو الضمان .

فَصْلٌ :

أَقَرَّ بِنَسَبٍ ؛ ....

مهمة :

قال : له علي ألف إلا أن يبدو لي ، فيه في زوائد « الروضة » وجهان عن « العدة » و« البيان » قال : ولعل الأصح أنه إقرار[1] . اهـ

والصواب : أنه لا يلزمه شيء كما نقله الهروي عن النص ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة كما إذا قال : له علي ألف إلا أن يشاء الله .

تتمة :

قال : له علي عشرة إلا خمسة أو ستة قال المتولي ـ وصوبه المصنف ـ : لا يلزمه إلا أربعة ؛ لأن الزائد مشكوك فيه فصار كقوله : خمسة أو أربعة ولا يلزمه إلا أربعة .

قال الرافعي : ويمكن أن يقال : تلزمه خمسة ؛ لأنه أثبت العشرة واستثنىٰ خمسة ، واستثناء السادس مشكوك فيه ، وضعفه ابن الرفعة بأن المستثنىٰ مع المستثنىٰ منه كالشيء الواحد ولهـٰذا صح ؛ لأنه أثبت شيئاً ثم رفعه[2] .

قال : (**فصل** :

أقر بنسب) النسب : القرابة والجمع أنساب .

قال صلى الله عليه وسلم : « كل نسب وسبب منقطع يوم القيامة إلا سببي ونسبي »[3] النسب بالولادة والسبب بالزواج .

ويشترط في المقر بالنسب ما يشترط في سائر المقرين من صحة العبارة ، واستلحاق السفيه تقدم في بابه ، واستلحاق المرأة والعبد والكافر ذكره المصنف في (اللقيط) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف) .

(٣) أخرجه البيهقي (٧/ ٦٣) ، وعبد الرزاق (١٠٣٥٤) ، والطبراني في « الكبير » (٣/ ٤٤) .

إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ . . ٱشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لاَ يُكَذِّبَهُ ٱلْحِسُّ وَلاَ ٱلشَّرْعُ ، بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ ٱلنَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ . وَأَنْ يُصَدِّقَهُ ٱلْمُسْتَلْحَقُ إِنْ كَانَ أَهْلاً لِلتَّصْدِيقِ ، . . . .

قال : (**إن ألحقه بنفسه**) بأن قال : هـٰذا ابني (. . **اشترط لصحته أن لا يكذبه الحس**) بأن يكون المقر أصغر أو مساوياً أو أكبر بزمن لا يمكن أن يولد له فيه ، وسيأتي ضبطه في (باب اللعان) .

ومنه : أن يكون المستلحق ممسوحاً في زمن يتقدم علىٰ زمن العلوق بالمستلحق .

قال : (**ولا الشرع ، بأن يكون معروف النسب من غيره**) ؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلىٰ غيره ، وسواء صدقه المستلحق أم لا ، والسبب في اشتراط ذلك أن النسب الثابت من شخص لا يتصور انتقاله إلىٰ غيره كما تنتقل الأموال .

قال : (**وأن يصدقه المستلحق**) أي : بفتح الحاء (**إن كان أهلاً للتصديق**) ؛ لأن له حقاً في نسبه وهو أعرف به من غيره ، وهو الذي في « الشرحين » و« الروضة » هنا .

ولم يعتبر « الحاوي الصغير » تبعاً للغزالي التصديق ، بل عدم التكذيب حتىٰ يلحقه إذا سكت وبه أجاب الرافعي في (الشهادات)(١) ، واستخرج ابن الرفعة من كلام العراقيين ما يقتضي كونهما وجهين .

وخرج باشتراط كونه أهلاً للتصديق الصبي والمجنون فإن عبارتهما غير معتبرة .

قال ابن الرفعة : ويشبه أن يأتي في تكذيب المراهق الوجهان فيما إذا ادعىٰ رقه من هو في يده فكذبه هل يثبت رقه أو لا؟

ولو قال : يد فلان ابني أو أخي أو يد هـٰذه الأمة مستولدتي ، فإن جعلنا نظيره من الطلاق عبارة عن الجملة . . كان إقراراً بالنسب والاستيلاد ، وإلا . . فلا ، كذا ذكره الرافعي في (كتاب الطلاق) نقلاً عن المتولي(٢) .

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح : خلافه) .
(٢) في هامش (ك) : (هو رأي مرجوح ، والذي يظهر عدم ثبوت النسب بذلك ؛ أخذاً من القاعدة : « أن ما لا يصح تعليقاً من التصرفات لا يصح بإضافته إلىٰ بعض محله ») .

فَإِنْ كَانَ بَالِغاً فَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَثْبُتْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَإِنِ ٱسْتَلْحَقَ صَغِيراً . . ثَبَتَ ، . . . .

قال : (**فإن كان بالغاً فكذبه . . لم يثبت إلا ببينة**) كسائر الحقوق ، وللمقر تحليفه ، فإن حلف . . سقطت دعوى المستلحق ، وإن نكل . . حلف المقر وثبت النسب .

ولو استلحق من نفاه غيره باللعان . . لم يصح إن ولد علىٰ فراش نكاح صحيح ، فيكون هـٰذا شرطاً آخر في الصغير والكبير وهو : أن لا يولد علىٰ فراش نكاح صحيح ، فإن لحقه بوطء شبهة أو في نكاح فاسد فنفاه . . صح استلحاقه .

فرع :

تصادقا ثم رجعا قال ابن أبي هريرة : يسقط النسب ، وخالفه الشيخ أبو حامد فقال : لا يسقط كما لو ثبت بالفراش ، ولم يصحح الشيخان شيئاً ، وصحح العمراني وصاحب « الإنتصار » والفارقي قول أبي حامد ، وهو الصحيح[(١)] .

قال : (**وإن استلحق صغيراً . . ثبت**) أي : نسبه بالشروط المتقدمة ، وكذلك الحكم في استلحاق المجنون ؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه علىٰ غيره فأشبه ما لو أقر بمال .

وأيضاً البينة على النسب تعسر ، فلو لم يثبت بالاستلحاق . . لضاع كثير من الأنساب فاحتيط فيه .

واكتفي بالإمكان حتىٰ لو قدمت امرأة من بلاد الكفر ومعها صبي فاستلحقه شخص . . لحقه ؛ لجواز أن يكون قد سافر إليها في وقت أو تحملت بمائه أو أتت في وقت ولم تظهر .

ولا فرق في ذلك بين كونه في صحته أو مرضه ، وأنه لا يتوقف علىٰ تصديق الورثة ، وأنهما يتوارثان ، وغير ذلك من الأحكام .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ . . لمْ يَبْطُلْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيْتاً صَغِيراً ، وَكَذَا كَبِيرٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَرِثُهُ . . . .

قال : (**فلو بلغ وكذبه . . لم يبطل في الأصح**) ؛ لأنه ثبت بطريق شرعي ، فكان كما لو ثبت بالبينة .

والثاني : يبطل الاستلحاق بتكذيبه ؛ لأنا حكمنا به حين لم يكن أهلاً للإنكار والأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً ، وهما كالوجهين فيمن ادعىٰ رق صغير في يده وحكم به فبلغ وادعى الحرية .

فعلى الصحيح : قال ابن الصباغ : لو أراد المقر به تحليفه . . لم يمكن[1] ؛ لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنىٰ لتحليفه ، بخلاف العبد الصغير إذا بلغ ورام تحليف من حكم له بملكه فإنه يمكن منه ؛ لأنه لو أقر بذلك لعمل به ، ولو استلحق مجنوناً فأفاق وأنكر فهو على الوجهين .

قال : (**ويصح أن يستلحق ميتاً صغيراً**) ؛ لاعتناء الشرع بالأنساب ، سواء كان له مال أم لا ، ولا نظر إلى التهمة الحاصلة في ذلك ، حتىٰ لو كان قتله . . صح أن يستلحقه بعد ذلك ، ولا يبالي بتهمة سقوط القصاص ولا بتهمة الميراث ، والاستلحاق في المرض كهو في الصحة ، وستأتي المسألة في (باب اللعان) .

ولا يكون استلحاق الصغير إقراراً لأمه الحرة بالزوجية خلافاً لأبي حنيفة ؛ لاحتمال كونه من وطء شبهة .

قال : (**وكذا كبير في الأصح**) ؛ لأن الميت ليس بأهل للتصديق ، فكان كالصغير والمجنون البالغ .

والثاني : لا يصح ؛ لفوات التصديق وهو شرط ، ولأن التأخير إلى الموت يورث تهمة ، واختار هـٰذا جماعة .

قال : (**ويرثه**) ؛ لأن الإرث فرع النسب فمتىٰ ثبت الأصل ثبت الفرع ، وهـٰذه زادها علىٰ « المحرر » .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوِ ٱسْتَلْحَقَ ٱثْنَانِ بَالِغاً . . ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ . وَحُكْمُ ٱلصَّغِيرِ يَأْتِي فِي ٱللَّقِيطِ إِنْ شَاءَ ٱللهُ . وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ : هَـٰذَا وَلَدِي . . ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلاَ يَثْبُتُ ٱلِاسْتِيلاَدُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي ، . . . .

قال : (**ولو استلحق اثنان بالغاً . . ثبت لمن صدقه**) ؛ لاجتماع الشروط فيه دون غيره ، وسواء صارت الأم فراشاً لهما أم لا ، وإن لم يصدق واحداً عرض على القائف .

قال : (**وحكم الصغير يأتي في اللقيط إن شاء الله**) ومن جملة صوره أنهما إذا أقاما بينتين . . سقطتا .

فرع :

الذمي إذا نفىٰ ولده ثم أسلم لا يحكم بإسلام المنفي ؛ لأنا حكمنا بأن لا نسب بينهما فلا يتبعه في الإسلام ، فلو مات المولود وصرفنا ميراثه إلىٰ قرابته الكفار ثم استلحقه النافي . . يحكم بالنسب ، وتبين أنه صار مسلماً بإسلامه تبعاً ، ويسترد ميراثه من ورثته الكفار ويصرف إليه .

قال : (**ولو قال لولد أمته : هـٰذا ولدي . . ثبت نسبه**) أي : عند اجتماع شروطه .

قال : (**ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر**) ؛ لاحتمال أنه ملكها بعد أن أولدها بنكاح أو شبهة ، وهـٰذا هو الموافق للقياس وللقواعد ، ولهـٰذا عبر عنه في « المحرر » بـ(الأقيس) وفي « الشرح الصغير » بـ(الأقوىٰ) وفي « الروضة » و« أصلها » بـ(الأقرب إلى القياس) ، وصحح مقابله أبو حامد وجماعة وهو المنصوص .

قال الرافعي : ولقوة الخلاف أعرض الأكثرون عن الترجيح .

قال : (**وكذا لو قال : ولدي ولدته في ملكي**) ؛ لاحتمال أنه أحبلها قبل الملك بنكاح ، ثم ملكها فولدت في ملكه فيجري القولان .

والأظهر : أنه لا يثبت الاستيلاد .

فَإِنْ قَالَ : عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي . . ثَبَتَ ٱلِاسْتِيلَادُ ، فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَهُ . . لَحِقَهُ بِٱلْفِرَاشِ مِنْ غَيْرِ ٱسْتِلْحَاقٍ ، . . . .

قال : (**فإن قال : علقت به في ملكي . . ثبت الاستيلاد**) ؛ لانتفاء الاحتمال فتكون أم ولد لا محالة ، كذا قاله الرافعي[(١)] ، ومنعه شيخنا ؛ لجواز أن تكون رهناً ثم أولدها وهو معسر فبيعت في الدين ثم اشتراها وقلنا : لا يثبت حكم الاستيلاد[(٢)] .

قال : (**فإن كانت فراشاً له . . لحقه بالفراش**) عند الإمكان (**من غير استلحاق**) خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : ما روى الشيخان [خ ٢٠٥٣ـ م ١٤٥٧] عن عائشة رضي الله عنها قالت : (اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد : يا رسول الله إن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه فانظر إلىٰ شبهه به ، وقال عبد بن زمعة : هـٰذا ولد علىٰ فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلىٰ شبهه فرأىٰ شبهاً بيناً بعتبة فقال : « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر احتجبي منه يا سودة » فلم تره سودة قط) .

وإنما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجته بالاحتجاب منه وإن كان أخاها شرعاً ؛ لما فيه من الورع لأجل شبهه بعتبة .

ويجوز للزوج أن يمنع زوجته من الخروج لأخيها المحقق فالمشكوك فيه أولىٰ .

واسم الابن المخاصم فيه عبد الرحمـٰن .

فإن قيل : إقرار بعض الورثة بالنسب غير مقبول ، وعبد لم يكن كل الورثة ؛ لأن أخته سودة بنت زمعة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم . . فعنه جوابان :

أحدهما ـ وهو مقتضىٰ كلام الشافعي رضي الله عنه ـ : أنها كانت مقرة أيضاً ، ولولا ذلك لم تؤمر بالاحتجاب ؛ لأنها كانت تعلم وجوب الاحتجاب عن الأجانب ، فإن آية الاحتجاب نزلت قبل ذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (منعه مردود ؛ لأن الاحتمال الذي نفاه هو المذكور في المسألة قبلها) .

وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . . فَٱلْوَلَدُ لِلزَّوْجِ وَيَكُونُ ٱسْتِلْحَاقُ ٱلسَّيِّدِ بَاطِلاً . وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ ٱلنَّسَبَ بِغَيْرِهِ كَهَـٰذَا أَخِي أَوْ عَمِّي . . فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ ٱلْمُلْحَقِ بِهِ . . . .

والثاني : أنها لم تكن وارثة ؛ لأنها أسلمت قبل موت أبيها وأخيها فأخوها كل الورثة .

وأبو حنيفة يقول : لا يلحق ولد الأمة إلا بالاستلحاق ، ويدعي أن الفراش هو الزوجية ، والشافعي رضي الله عنه رد ذلك بأن الحديث ورد في الأمة ، والحديث إذا ورد علىٰ سبب لا يمكن إخراج السبب منه ، سواء أقلنا العبرة بعموم اللفظ أم بخصوص السبب ؛ لأنه يدل عليه من جهة كونه سبباً ومن جهة العموم فيقطع بدخوله .

وفي « البيان » : إذا صارت الأمة فراشاً لرجل ومعها ولد فأقرت أنه ولد لغيره . . لم يقبل إقرارها ، بل القول قول صاحب الفراش[1] .

قال : (**وإن كانت مزوجة . . فالولد للزوج**) ؛ لأن الفراش له (**ويكون استلحاق السيد باطلاً**) ؛ لما سبق .

فرع :

نقل الرافعي عن « فتاوى القفال » : أنه لو أقر علىٰ أبيه بالولاء فقال : هو معتق فلان . . ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً كما في النسب .

فرع :

أقر رجل بأنه ليس له وارث إلا أولاده هـٰؤلاء وزوجته هـٰذه قال ابن الصلاح : ثبت حصر ورثته فيهم بإقراره ، كما يعتمد إقراره في أصل الإرث يعتمد في حصره ؛ فإنه من قبيل الوصف له ، وهـٰذا هو الظاهر ، وفي « فتاوى القاضي » ما يدل له[2] .

قال : (**وأما إذا ألحق النسب بغيره كهـٰذا أخي أو عمي . . فيثبت نسبه من الملحق به**) ؛ للحديث المتقدم ، ولأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه والنسب منها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

بِٱلشُّرُوطِ ٱلسَّابِقَةِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمُلْحَقِ بِهِ مَيْتاً ، . . . .

وليس المراد بإلحاق النسب بغيره أن يلحقه بأجنبي ، بل المراد : أن يلحقه بنفسه بواسطة إلحاقه بغيره كإلحاق الأخ والعم ، لـٰكن الأخ بواسطة واحدة وهو الأب ، والعم بواسطتي الأب والجد ، وقد يكون بثلاث وسائط كابن العم .

وخالف البويطي فقال : لا يجوز إقرار الأخ بأخيه عندي ، وإنما ألحق النبي صلى الله عليه وسلم ابن زمعة لمعرفته بفراشه .

كل هـٰذا إذا كان الملحق به رجلاً ، فإن كانت امرأة . . فلا ؛ لأن اعترافها لا يقبل على الصحيح ، كما ذكره المصنف في (كتاب اللقيط) ، فبالأولى استلحاق وارثها[١] .

تنبيه :

شرط المستلحق : أن لا يكون عليه ولا لغيره ، فإن أقر من عليه الولاء بأخ أو أب . . لم يقبل على الأصح[٢] ؛ لما فيه من الإضرار بالمولىٰ .

وقيل : يقبل كالحر إذا كان له ابن عم فأقر بأخ ، وإن أقر بنسب ابن . . قبل في الأصح ؛ لأنه لا يتصور ثبوت نسبه من جهة غيره إلا ببينة ، بخلاف الأب والأخ ، فإنه يتصور ثبوته من جهة أبيهما .

قال : (**بالشروط السابقة**) أي : في إلحاقه النسب بنفسه وبما ذكره بعد هـٰذا أيضاً .

قال : (**ويشترط كون الملحق به ميتاً**) فما دام حياً ولو مجنوناً ليس لغيره الإلحاق ؛ لاستحالة ثبوت نسب الأصل مع وجوده بإقرار غيره .

قال في « التهذيب » : فإن كان الملحق به حياً . . فلا بد من تصديقه[٣] ، ولو كان بينهما اثنان أو أكثر . . فلا بد من تصديق الجميع ، والذي يقتضيه المذهب : أنه يعتبر

---

(١) في هامش (ك) : (الراجح : صحة استلحاق وارثها وإن لم يصح استلحاقها) .
(٢) في (ت) و(د) : (على الصحيح) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يَكُونَ نَفَاهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمُقِرِّ وَارِثاً حَائِزاً . . . .

تصديق الجد ؛ لأنه الأصل الذي ثبت النسب منه[١] .

قال : (**ولا يشترط أن لا يكون نفاه في الأصح**) فيجوز استلحاق من نفاه الملحق به قبل موته بلعان أو بدعوى استبراء في الأصح ، كما لو استلحقه المورث بعدما نفاه .

والثاني : يشترط عدم النفي ، وهو المرجح عند القاضي والماوردي وصاحب « التنبيه » والبغوي[٢] ؛ لأن الوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ للموروث .

قال : (**ويشترط كون المقر وارثاً حائزاً**) فلا يثبت بإقرار الأجنبي والقريب الذي لا يرث لقيام مانع من كفر أو رق أو قتل ؛ لأن القائم مقام المورث هو مجموع الورثة لا المستلحق وحده[٣] .

وفي « الحاوي » و« الشامل » : أجمعوا علىٰ أن النسب لا يثبت بقول بعض الورثة .

وقيل : لا تشترط موافقة المعتق والزوج والزوجة ؛ لأنه لا حق لهم في النسب .

ولو خلف بنتاً واحدة ، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقة . . ثبت النسب بإقرارها[٤] ، وإن لم تكن حائزة فوافقها الإمام . . فالأصح في « الروضة » : الثبوت[٥] ، والأصح عند الماوردي والشيخ : عدمه .

ومحل الخلاف : إذا كان ذلك من الإمام علىٰ سبيل الإقرار ، فإن قاله علىٰ سبيل الحكم إما لبينة قامت عنده وإما لعلمه وقلنا : يقضي به . . كان ذلك حكماً منه مقبولاً قطعاً وإن كان وارثاً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ت) : (وهو المصحح في « فتاوى ابن الصلاح » ؛ لأن في لحوق النسب عاراً على الميت لأنه أبطله « غزي ») .

(٣) في هامش (ت) : (ويثبت ذلك بإقرار الموروث أنه لا وارث له إلا فلان ، قاله ابن الصلاح « غزي ») .

(٤) في هامش (ك) : (أي : ويرث المستحلق معها علىٰ أوجه الوجهين) .

(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُسْتَلْحَقَ لاَ يَرِثُ ، فَلاَ يُشَارِكُ ٱلْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ ، . . . .

ولو خلف ابنين وارثاً وغير وارث . . كفىٰ إلحاق الوارث ولا يشترط اتفاق دين المقر والمقر به ، فلو ألحق الكافر مسلماً بمورثه الكافر أو ألحق المسلم كافراً بمورثه المسلم . . ثبت نسبه .

قال : (**والأصح : أن المستلحق لا يرث ، فلا يشارك المقر في حصته**) كذا بخط المصنف ، ولا خلاف أن المستلحق يرث إذا أقر به الوارث الحائز ، سواء كان ذلك واحداً أو متعدداً ، فلو أقر بعضهم وأنكر البعض . . فهي مسألة الكتاب والأصح فيها : أنه لا يرث ؛ لأن نسبه لم يثبت قطعاً فكيف يرثه؟

والثاني ـ وبه قال الأئمة الثلاثة ـ : يرث وهو من تخريج صاحب « التقريب » ، وأيده الرافعي بصور يثبت فيها الفرع دون الأصل :

منها : لو قال أحد الابنين : فلانة بنت أبينا وأنكر الآخر . . حرم على المقر نكاحها مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت .

ومنها : لو قال أحد الشريكين في عقار لثالث : بعتك نصيبي فأنكر . . لا يثبت الشراء ، وتثبت الشفعة في الأصح دون البيع .

ومنها : لو قال : لزيد علىٰ عمرو كذا وأنا ضامن فأنكر عمرو . . فالأصح أنه يطالب بالضمان .

ومنها : لو ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة . . ثبتت البينونة وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل ، وزاد في « المطلب » صوراً أخرىٰ .

والمراد : أنه يرث[1] لا من نصيب المنكر ، بل يشارك المقر في حصته ، وإليه أشار المصنف بقوله : (فلا يشارك) بالفاء ، أي : وإن قلنا يرث شاركه ، وليس هـٰذا حكماً زائداً ، بل بيان لحقيقة الوجه القائل بالتوريث .

قال الإمام : ومن لم يعترف بإشكال هـٰذه المسألة ليس له في التحقيق نصيب .

هـٰذا كله في الظاهر ، أما في الباطن . . فعلى المقر إذا كان عند نفسه صادقاً أن

---

(١) في هامش (ك) : (أي : على الثاني) .

وَأَنَّ ٱلْبَالِغَ مِنَ ٱلْوَرَثَةِ لاَ يَنْفَرِدُ بِٱلإِقْرَارِ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ ٱلْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ ٱلآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلاَّ ٱلْمُقِرُّ . . ثَبَتَ ٱلنَّسَبُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ٱبْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ ٱلْمَجْهُولُ نَسَبَ ٱلْمُقِرِّ . . لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ وَيَثْبُتُ أَيْضاً نَسَبُ ٱلْمَجْهُولِ ، . . . .

يعطيه نصيبه مما في يده ، فإذا أقر أحد الابنين . . لزمه على الأصح أن يعطيه ثلث ما في يده ؛ لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه ، فله الثلث من هـٰذا والثلث من ذاك .

وقيل : يعطيه النصف ؛ لأن قضية الميراث التسوية .

قال : (**وأن البالغ من الورثة لا ينفرد بالإقرار**) ؛ لأنه غير حائز .

والثاني : ينفرد ويحكم بثبوت النسب في الحال احتياطاً له ؛ لأن الظاهر من حال الكامل من الورثة أنه يعتني بالنسب ولا يجازف فيه ، فأثبتنا صحته بقوله ، وحكم المجنون في ذلك حكم الصبي ، فلو عبر بـ(الكامل) كان أشمل .

قال : (**وأنه لو أقر أحد الوارثين وأنكر الآخر**) أي : وحلف (**ومات ولم يرثه إلا المقر . . ثبت النسب**) ؛ لأن جميع الميراث صار له .

والثاني : لا يثبت ؛ لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل ، ورجحه الروياني .

والخلاف قريب من اختلاف الأصوليين فيما إذا اختلف أهل العصر ثم مات أحد الطائفتين هل يكون قول الباقين حجة أو لا؟

واحترز بقوله : (أنكر) عما إذا أقر أحد الورثة وسكت الباقي ، ثم مات الساكت ووارثه المقر أو غيره فصدقه على النسب . . فلا خلاف أنه يثبت هـٰهنا النسب ؛ لأنه لم يسبقه تكذيب من أصله .

قال : (**وأنه لو أقر ابن حائز**) أي : مشهور النسب لا ولاء عليه (**بأُخوَّة مجهول فأنكر المجهول نسب المقر . . لم يؤثر فيه ويثبت أيضاً نسب المجهول**) ؛ لأن صورة المسألة : أن المقر مشهور النسب فلا يبالي بالتكذيب ، والمجهول أقر به الوارث الحائز فيثبت نسبه .

والثاني : أن المقر يحتاج إلى البينة علىٰ نسبه ؛ لاعترافه بنسب المجهول وإنكاره إياه .

وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ ٱلْوَارِثُ ٱلظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ ٱلْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِٱبْنٍ لِلْمَيِّتِ . . ثَبَتَ ٱلنَّسَبُ وَلاَ إِرْثَ .

والثالث : لا يثبت نسب المجهول ؛ لأنه أخرج المقر عن أهلية الإلحاق بتكذيبه ، ولو اتفقا وأقرا بنسب ثالث فأنكر الثالث نسب الثاني . . ففي سقوط نسب الثاني وجهان : أصحهما : السقوط .

قال : (**وأنه لو كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق كأخ أقر بابن للميت . . ثبت النسب**) لإقرار الوارث الحائز به (**ولا إرث**) ؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ ، ولو حجبه لخرج عن أهلية الإقرار ، وإذا لم يصح الإقرار لم يثبت النسب ولا الإرث ، فيؤدي توريثه إلىٰ عدم توريثه ، كما لو اشترىٰ أباه في مرضه . . يعتق عليه ولا يرث .

ولو أوصىٰ له بابنه فقبله . . عتق ولا يرث ، ولو أعتق المريض أمته ثم تزوجها . . صح النكاح ولا ترث .

والثاني : لا يثبتان ؛ لأنه لو ثبت النسب . . ثبت الإرث ولزم هـٰذا المحذور .

والثالث ـ قاله ابن سريج واختاره صاحب « التقريب » وابن الصباغ والشيخ ـ : يثبتان ويحجب المقر ؛ لثبوت نسبه فإنه فرعه ، وكما لو أقر الابن المستغرق بأخ . . فإنه يثبت نسبه ويرث باتفاق الأصحاب .

تتمة :

قال : زيد أخي ، ثم فسره بأخوة الرضاع ، حكى الروياني عن والده أن الأشبه بالمذهب : أنه لا يقبل[1] ؛ لأنه خلاف الظاهر ، ولهـٰذا لو فسره بأخوة الإسلام لم يقبل .

وقال الهروي : لو أقر أن هـٰذا وارث فلان . . لم يقبل ، ولو أقر أن هـٰذا وارثي . . قبل[2] ، قال : وهـٰذه مسألة حسنة غريبة لا يعرفها من الفقهاء إلا من تقعد في الفقه .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

خاتمة

في يد ثلاثة إخوة جارية معها ولد ، فقال أحدهم : هي أم ولد أبينا والابن أخونا ، وقال الآخر : هي أم ولدي وولدها مني ، وقال الآخر : هي جاريتي وولدها عبدي ، قال القاضي أبو الطيب : عتق ثلثها وثلث ولدها بإقرار الأول[1] ، وبإقرار الثاني يصير ثلث الولد حراً ؛ لاعترافه ببنوته ، وثبت نسبه منه ؛ إذ لا منازع له فيه ، فإن بإقرار الأول وحده لا يثبت نسبه من الأب ، ويصير ثلث الجارية أم ولد ، ويسري العتق والاستيلاد إلىٰ حق مدعي الملك ، إن كان موسراً . . فيغرم له قيمة ثلث الأم وقيمة ثلث الولد ، وإن كان معسراً . . لم يسر ويبقىٰ حق مدعي الملك على الرق فيهما والله أعلم .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

رفع

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كتاب العارية

كِتَابُ ٱلْعَارِيَّةِ

. . . .

كتاب العارية

أفصح لغاتها : تشديد الياء ، والثانية : التخفيف ، والثالثة : عارة علىٰ وزن ناقة ، والجمع : العواري مشدداً ومخففاً .

قال الجوهري : كأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب ، وغلط في ذلك بأن عين العارية (واو) وعين العار (ياء) وسيأتي أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار .

وقيل : مشتقة من التعاور وهو التناوب .

وقيل : من عار يعير إذا جاء ثم ذهب بسرعة ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيار ؛ لكثرة ذهابه ومجيئه .

وفي حقيقتها قولان :

أشهرهما : أنها إباحة الانتفاع بالأعيان التي يحل الانتفاع بها مع بقاء عينها .

وثانيهما : أنها هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة .

والأصل في جوازها واستحبابها : قوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ .

وفسر الجمهور قوله تعالىٰ : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس .

وقال في « البحر » : إن ذلك كان واجباً في صدر الإسلام .

وقال علي وابن عمر : الماعون الزكاة والطاعة .

وقال عكرمة : أعلاها الزكاة وأدناها عارية المتاع ، واستحسنه الشيخ .

وقال البخاري : هو المعروف كله .

وقال بعض العرب : الماء .

وهي مندوب إليها ؛ لأنها من جملة المعروف والخير ، لكن تقدم في (باب الصلح) عن القديم : أن الجار يجب عليه أن يعير جاره جداره لوضع جذوعه .

وأفتىٰ أبو عبد الله الزبيري بوجوب إعارة ما كتب عليه طبقة السماع لينقل منه[1] ، ووافقه بعض الحنفية والمالكية .

والظاهر من حيث الفقه : وجوب إعارة ما فيه إحياء مهجة محترمة[2] ، كمن خشي عطش حيوان محترم ووجد بئراً ، ومع غيره دلو ورشاء يحصل به الماء ، وكذا إعارة الحبل لإنقاذ الغريق ونحوه .

ويدل لها من السنة ما روى الشيخان [خ ٢٣٤١ـ م ١٥٣٦] عن جابر رضي الله عنه قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « من كانت له أرض فليهبها أو ليعرها » .

وروىٰ أبو داوود [٣٥٦] والترمذي [١٢٦٥] وابن حبان [٥٠٩٤] عن أبي أمامة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « العارية مؤداة والزعيم غارم » .

وعن صفوان بن أمية رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد؟ فقال : « لا بل عارية مضمونة » رواه أبو داوود [٣٥٥٧] والنسائي [سك ٥٧٤٧] والحاكم [٢/٤٧] .

والإجماع منعقد علىٰ مشروعيتها ، والحاجة داعية إليها .

قال : (**شرط المعير : صحة تبرعه**) فمن لا يتبرع كالصبي والمجنون والسفيه والمكاتب والمحجور عليه . . لا تصح إعارتهم .

وأفهم كلامه أن السفيه لا يعير نفسه ، وأن المفلس لا يعير العين .

قال الشيخ : والمتجه الجواز إذا لم يكن فيه تعطيل كإعارة الدار يوماً ونحوه[3] ، بخلاف الإجارة فإنها ممتنعة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمِلْكُهُ ٱلْمَنْفَعَةَ . فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لاَ مُسْتَعِيرٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

ولم يذكر المصنف شرط المستعير ، قال في « الروضة » : يشترط كونه أهلاً للتبرع عليه بعقد مشتمل على الإيجاب والقبول بقول أو فعل ، فلا يستعير الصبي ونحوه .

قال : (**وملكه المنفعة**) ؛ لأن الإعارة ترد عليها دون العين ، فللموصىٰ له بخدمة عبد أو سكنىٰ دار أن يعير .

وأورد على المصنف :

جواز إعارة الأضحية المنذورة وهي قد خرجت عن ملكه .

وإعارة الإمام أرض بيت المال . . فالمتجه فيها : الجواز[1] .

وإعارة الأب ولده الصغير لما لا يقابل بأجرة لحقارته فالظاهر : جوازه ؛ لفعل السلف ، أما إعارته لمن يتعلم منه . . فجوزها الروياني[2] ، ويدل لذلك قصة أنس رضي الله عنه التي في « الصحيحين » .

وقال صاحب « العدة » : ليس للأب أن يعير ولده لذلك ؛ لأن ذلك هبة لمنافعه كما لا يعير ماله ، قال المصنف : هـٰذا محمول على خدمة تقابل بأجرة .

قال : (**فيعير مستأجر**) ؛ لأنه مالك للمنفعة ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**لا مستعير على الصحيح**) ؛ لأنه غير مالك للمنفعة ، وإنما أبيح له الانتفاع ، والمستبيح لا يملك نقل الإباحة كما أن الضيف لا يبيح لغيره ما قدم له .

والثاني : وبه قال أبو حنيفة له أن يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر .

فروع :

الأول : للمستعير أن يعير إذا أذن له المعير ، فإن سمى الثاني . . خرج الأول بالإعارة منها ويبرىء من ضمانها ولا رجوع له فيها ، وإذا ردها الثاني عليه . . لم يبرأ ، بل هو كالوكيل في الإعارة ، فإن لم يسمه . . فالأول على استعارته والثاني مستعير منه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قال الزركشي : وينبغي أن يكون المجنون كذلك) ورمز له ولتجويز الروياني بالصحة .

وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي ٱلْمَنْفَعَةَ لَهُ . وَٱلْمُسْتَعَارِ : كَوْنُهُ مُنْتَفَعاً بِهِ . . . .

وله الرجوع متىٰ شاء ، فإذا ردها الثاني عليه برىء .

الثاني : للموقوف عليه أن يعير إن كان الوقف مطلقاً ، فإن قال : يسكنها معلم صبيان القرية . . لا يعير ، قاله القفال وغيره[١] وقياسه : المنع في البيت الذي يسكنه المدرس والمعيد ونحوه ؛ لأنه ملك الانتفاع لا المنفعة ، وقيد في « المطلب » جواز الإعارة للموقوف عليه بما إذا كان ناظراً[٢] .

الثالث : استعار كتاباً يقرأ فيه فوجد فيه خطأ لا يصلحه إلا أن يكون قرآناً ، قاله العبادي[٣] .

وتقييده بالإصلاح يعلم منه أن ذلك لو كان يؤدي إلىٰ نقص قيمته لرداءة خط ونحوه . . امتنع[٤] ؛ لأنه إفساد لماليته لا إصلاح ، أما الكتاب الموقوف . . فيصلح جزماً ، خصوصاً ما كان خطأ محضاً لا يحتمل التأويل ، والله تعالىٰ يعلم المفسد من المصلح .

قال : (**وله أن يستنيب من يستوفي المنفعة له**) ؛ لأن الانتفاع راجع إليه ، ولهـٰذا : لو أركب دابته وكيله لغرض الموكل في مكان أرسله إليه أو ليحفظها له فتلفت في يده . . لم يضمنها الوكيل ؛ لأنه في حاجته ، وكذا له أن يركبها زوجته وغلامه ، ولا يخفىٰ أن شرط الراكب أن يكون مثله أو دونه .

وإنما جازت الاستنابة وامتنعت الإعارة ؛ لأن الإعارة إخراج عن اليد بالكلية ، والاستنابة كأنها في يد المستنيب .

قال : (**والمستعار : كونه منتفعاً به**) أي : منفعة مباحة كالدواب والدور وكل ما يجوز عقد الإجارة عليه ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من أبي طلحة فرساً[٥] ومن صفوان أدرعاً وقيس عليهما غيرهما .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) البخاري (٢٦٢٧) ، ومسلم (٢٣٠٧) .

مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ . وَتَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ ٱمْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ ، . . . .

وخرج بقيد الانتفاع به : الحمار الزمن ونحوه ، وآلة الملاهي ، والأمة المشتهاة للخدمة بشرطه .

قال : (**مع بقاء عينه**) فلا تجوز إعارة الشمعة والسراج للوقود والأطعمة فإن منفعتها باستهلاكها حساً ، وكذلك ما تستهلك منفعته شرعاً كخشب أو حجر يبنىٰ به المسجد ، قاله البغوي في « فتاويه »[1] ؛ لأن حكم العارية جواز الاسترداد ، والشيء إذا صار مسجداً لا يجوز استرداده ، وكذلك لا تجوز إعارة النقدين في الأصح .

وفهم الرافعي من كلامهم أن الخلاف إذا أطلق فإن صرح بالاستعارة للتزين . . فينبغي أن يقطع بالصحة[2] ، وكلام الغزالي في (الإجارة) يدل علىٰ طرده فيه ، وأجراهما الإمام في الحنطة ونحوها ، والغزالي في الشجر للربط والتجفيف عليها .

قال : (**وتجوز إعارة جارية لخدمة امرأة أو محرم**)[3] ؛ لأنه لا محذور فيه ، وسواء في ذلك محرم الرضاع والنسب والمصاهرة ، ومن طريق الأولىٰ إعارتها لزوجها فيما لا يلزمها فعله ، وفي هـٰذه الحالة تكون مضمونة عليه إلىٰ أن يسلمها لربها ، أو من يقوم مقامه ؛ لأن يد الضامن لا تزول إلا بذلك .

وكذلك الحكم في إعارتها لمالكها ويتصور ذلك في المستأجر والموصىٰ له بمنفعتها إذا كانت ممن لا تحبل .

وقاس في « المهمات » علىٰ جواز ذلك إعارة الأمة لخدمة المريض الأجنبي[4] ، وفي جواز ذلك نظر[5] .

وأفهمت عبارة المصنف أن إعارتها لخدمة الرجال الأجانب لا تجوز ؛ لأنه قد

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (أو ممسوح) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (هو واضح لـٰكن محله إذا لم يجد غيرها) .

. . . .

يفضي إلى الخلوة المحرمة ، وبهـٰذا جزم الرافعي[١] ، ومقتضىٰ كلام « المطلب » و« الكفاية » : أن الأكثرين على الجواز ؛ لأن الخلوة غير لازمة .

وظاهر عبارة المصنف : أنه لا فرق بين الخصي وغيره[٢] ، وفيه نظر .

كل هـٰذا في الأمة المشتهاة ، فإن لم تكن كذلك . . ففي الجواز وجهان :

أصحهما في « الشرح الصغير » : عدم الجواز أيضاً .

والأصح في زوائد « الروضة » وعند الشيخ : الجواز[٣] ، وقال في « المطلب » : إنه الحق .

وإعارة العبد للمرأة كعكسه ، ولو كان المستعير أو المستعار خنثىٰ حكم فيه بالاحتياط .

وإذا حرمت الإعارة فأعار . . قال الغزالي : صحت العارية مع ذلك ؛ لأن المنع لغيره كالبيع في وقت النداء ، وفائدة الصحة : أنه إذا استخدم . . لا تجب عليه أجرة .

وقال في « الشرح الصغير » : الأشبه فسادها[٤] كالإجارة للمنفعة المحرمة ؛ فإن كان إعارتها للاستمتاع ، فلا خلاف في تحريمه وفسادها ، فإذا وطىء كان زانياً ويلزمه الحد على الصحيح إن كان عالماً ، وإن كان جاهلاً . . عزر ، وهو وطء شبهة يوجب المهر ويلحق النسب ، والولد حر تلزمه قيمته ، والكلام في المهر تقدم في (الرهن) .

فلو كان المستعير أو المستعار خنثىٰ . . امتنع على الصحيح احتياطاً .

وفي جواز إعارة الأمة للكافرة الأجنبية للخدمة نظر ، وكذلك الفاسقة للعفيفة أو العكس ؛ لما سيأتي من أحكام النظر[٥] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (والظاهر في الجميع : الجواز) .

قال : (وتكره إعارة عبد مسلم لكافر) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ .

وهٰذه الكراهة جزم الرافعي بأنها للتنزيه ، وجزم الجرجاني وصاحب « التنبيه » بالتحريم ، وجمع ابن الرفعة بين الكلامين فحمل التنزيه على الإعارة لغير الخدمة ببدنه والتحريم على الإعارة لها[1] .

فروع :

قال ابن الصباغ وغيره : تعيين المعار ليس بشرط[2] ، فلو قال : أعرني دابة ، فقال : ادخل الإصطبل فخذ ما شئت . . صحت .

وتحرم إعارة الصيد للمحرم ، والخيل والسلاح للحربي ، ولقاطع الطريق والباغي إذا غلب على الظن عصيانهما بذلك كما تقدم في أول (البيع) .

وإعارة المصحف وكتب الحديث ونحوها من الكافر كالبيع منه .

وتكره استعارة أحد أبويه للخدمة ، وقيل : لا تحل ، والأجداد والجدات كذلك ، قال القاضي أبو الطيب : فإن استعارهما ليرفههما ويخفف من خدمتهما . . كان ذلك مستحباً[3] .

ونقل الشيخ عن القاضي[4] حسين أنه يمتنع استئجار أحد الأبوين ، والذي في « تعليقة القاضي » نقل ذلك عن أبي حنيفة فقط ، ومن العجب أن مثل ذلك وقع للمصنف في « الروضة » فحكاه وجهاً ، والذي في « الرافعي » عزوه إلىٰ أبي حنيفة فقط .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَٱلأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي ، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ ٱلآخَرِ ، وَلَوْ قَالَ : أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ . . فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ ٱلْمِثْلِ . . . .

وقال أبو يحيى البلخي ـ من أصحابنا واسمه زكريا بن أحمد ـ : لا يجوز أن يرتهن الرجل أباه ولا أن يستأجره .

قال : (**والأصح : اشتراط لفظ كأعرتك أو أعرني**) ؛ لأن ذلك يدل على الرضا القلبي فأنيط الحكم به .

والثاني : لا يحتاج إلىٰ ذلك ، حتىٰ لو رآه حافياً فأعطاه نعلاً أو عارياً فألبسه ثوباً . . كان ذلك عارية .

قال : (**ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر**) ؛ قياساً علىٰ إباحة الطعام فإن اللفظ من أحدهما كاف في الإباحة .

وقال الغزالي : يشترط اللفظ من جهة المعير ، وأما المستعير . . فيكفي قبوله بالفعل .

ويرد على اشتراط اللفظ : إعارة الأخرس واستعارته بالإشارة أو الكتابة ، وأما إذا اشترىٰ شيئاً وسلمه له في ظرف . . فالظرف معار في الأصح ، وكذلك إذا أكل المهدىٰ إليه الهدية في ظرفها . . فيجوز وهو عارية عند أبي عاصم العبادي .

قال المصنف : محل هـٰذا إذا لم تقابل الهدية بعوض ، فإن اقتضت عوضاً . . فالمحكي عن أبي عاصم : أن الظرف أمانة كالإجارة الفاسدة .

ولو أركب من أعيىٰ فتلفت الدابة . . فالمذهب : أنه يضمنها ، سواء التمس منه ذلك أم لا ، خلافاً للإمام والغزالي .

ولو أركبه مع نفسه . . فعلى الرديف نصف الضمان[1] ، وقال الإمام : لا شيء عليه تشبيهاً بالضيف .

قال : (**ولو قال : أعرتكه لتعلفه أو لتعيرني فرسك . . فهو إجارة فاسدة توجب أجرة المثل**) المراد : حيث تجب الأجرة في الإجارة الصحيحة بالقبض ومضي زمن لمثله

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

أجرة ؛ لأن معنىٰ ما صدر منهما هو الإجارة ؛ إذ الإعارة لا عوض فيها ، وإنما جعلناها فاسدة لجهالة المدة والعوض .

وقيل : الذي وقع عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ .

وعلىٰ هـٰذا : فلا تجب الأجرة ، واستبعده في « المطلب » ؛ لأنه لم يبذل المنفعة مجاناً .

وأما العين . . فمضمونة على اعتبار اللفظ دون المعنىٰ .

هـٰذا كله إذا كان أحد العوضين مجهولاً كما فرضه المصنف ، فإن كانا معلومين كما لو قال : أعرتك هـٰذا العبد شهراً من الآن بعشرة . . فالأصح : أنه إجارة صحيحة .

فرعان :

أحدهما : نفقة الدابة المستعارة عند القاضي حسين على المستعير وكذلك سترها بما يقيها الحر والبرد ، قال : وكذلك إذا استعار عبداً فطعامه وشرابه وحفظه عما يهلكه عليه ، لـٰكن صرح في « الحاوي » و« البيان » بأن نفقة المعار على المالك وهو القياس[1] .

الثاني : قال الماوردي : لا يجوز أن يأخذ بالعارية رهناً ولا ضامناً ، فإن شرط فيها . . بطلت[2] ، وهـٰذا تقدم عند قول المصنف : (فصل شرط المرهون به كونه ديناً) .

قال : (**ومؤنة الرد على المستعير**) ؛ لما سيأتي في أول الباب الذي بعده من قوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه »[3] ولأنه ضامن فأشبه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٧) ، الترمذي (١٢٦٦) ، وأبو داوود (٣٥٥٦) ، وغيرهم .

فَإِنْ تَلِفَتْ لاَ بِٱسْتِعْمَالٍ . . ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِٱسْتِعْمَالٍ ، . . . .

الغاصب ، ومن جهة المعنىٰ أنا لو كلفناها المعير لرغب الناس عن الإعارة ، وستأتي صورة مستثناة من هٰذا الإطلاق .

قال : (**فإن تلفت لا باستعمال . . ضمنها وإن لم يفرط**) لحديث صفوان رضي الله عنه السابق ، ولأنه مال يجب رده فتجب قيمته عند التلف كالمستام ، وصفة الضمان ذكرها في آخر الباب .

ولنا قول ـ كمذهب أبي حنيفة ـ : أن المستعير لا يضمن إلا بالتعدي ، والأصح : أن ضمان الأجزاء كضمان العين كما سيأتي .

فروع :

أعاره بشرط ضمانه عند التلف بقدر معين قال المتولي : يفسد الشرط دون العارية وفيه وقفة(١) .

ولو أعار بشرط كونها أمانة . . لغا الشرط وكانت مضمونة .

ولو استعار فقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين شرط واقفه أن لا يعار إلا برهن تحرز قيمته فسرق من حرزه . . لا ضمان ؛ لأنه مستحق تلف في يده بلا تفريط وإن سمي عارية عرفاً .

وفي « فتاوى البغوي » : إذا استعار عبداً عليه ثياب . . لا تكون ثيابه مضمونة عليه(٢) ؛ لأنه لم يأخذها ليستعملها ، بخلاف إكاف الدابة .

قال : (**والأصح : أنه لا يضمن ما ينمحق أو ينسحق باستعمال**) .

(الانمحاق) : التلف بالكلية كلبس الثوب إلىٰ أن يبلىٰ و(الانسحاق) : النقصان .

وفي ضمان ذلك ثلاثة أوجه :

---

(١) في هامش (ك) : (قاله الأذرعي ، والمعتمد : أنهما يفسدان) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلثَّالِثُ : يَضْمَنُ ٱلْمُنْمَحِقَ . وَٱلْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لاَ يَضْمَنُ فِي ٱلأَصَحِّ . . .

أصحها : أنه لا يضمنهما ، لأنهما تلفا بسبب مأذون فيه ، فأشبه ما إذا قال : اقتل عبدي أو اقطع يده ، أو أذن في إتلاف ماله بإحراق أو غيره .

والثاني : يضمنهما ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » .

ومراد المصنف : الاستعمال المأذون فيه ، حتىٰ لو كان قميصاً فاتزر به أو لبسه في غير الوقت المأذون فيه . . كان حكمه حكم الغاصب يضمن المنافع والأجزاء .

وتلف الدابة بالركوب أو الحمل المعتادين كالانمحاق ، وعقرها أو عجزها كالانسحاق ، والأصح : أنه يضمنه في آخر حالات التقويم .

قال البغوي : وإذا انتهى الثوب إلىٰ تلك الحالة . . ليس له استعماله[1] .

قال : (**والثالث : يضمن المنمحق**) ولا يضمن المنسحق ؛ لأن مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد مردود في المنمحق ، وضعف بأن المنسحق بعض المنمحق فكيف يضمن المنمحق ولا يضمن المنسحق؟ وهـٰذا الوجه من زيادات الكتاب علىٰ « المحرر » .

وإذا أعاره سيفاً فقاتل به فانكسر . . قال الروياني : كان كانسحاق الثوب[2] .

قال : (**والمستعير من مستأجر لا يضمن في الأصح**) ؛ لأنه نائب عن المستأجر وهو لا يضمن ، فكذلك نائبه .

هـٰذا في الإجارة الصحيحة ، أما الفاسدة . . فإنهما يضمناها والقرار على المستعير كما أفتىٰ به البغوي[3] .

والثاني : يضمن كالمستعير من المالك ، ومؤنة الرد على المستعير إن رد على المستأجر ، فإن رد على المالك . . كانت على المالك كما لو رد عليه المستأجر .

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح : خلافه) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا . . فَلاَ ضَمَانَ . وَلَهُ ٱلِانْتِفَاعُ بِحَسَبِ ٱلإِذْنِ ، . . . .

ونظير المسألة : المستعير من الموصىٰ له بالمنفعة ومن الموقوف عليه ، ومؤنة الرد هنا على المستعير إن رد على المستأجر ، وعلى المالك إن رد عليه ، فتستثنىٰ هـٰذه الصورة من قوله أولاً : (ومؤنة الرد على المستعير) .

قال : (**ولو تلفت دابته في يد وكيل بعثه في شغله أو في يد من سلمها إليه ليروضها . . فلا ضمان**) ؛ لأنه نائب عنه .

فروع :

أعار الهدي . . فالظاهر : لا ضمان؛ لأن يد المعير ليست يد ضمان فكذا فرعه[1] .

ولو أردف غيره علىٰ دابته . . ضمن الرديف النصف على الصحيح ، ولو ولدت العارية عنده . . فولدها أمانة على الأصح فلا يستعمله جزماً .

ولو استعار حمارة معها جحش فهلك الجحش . . لم يضمنه ؛ لأنه إنما أخذه لتعذر حبسه عن أمه ، وكذا لو استعارها فتبعها ولدها ولم يتعرض المالك له بنفي ولا إثبات . . فهو أمانة ، قاله القاضي حسين[2] .

قال : (**وله الانتفاع بحسب الإذن**) ؛ لأن المالك لم يأذن في غيره .

فعلىٰ هـٰذا لو استعار دابة ليركبها إلىٰ موضع فتجاوزه . . كان عليه أجرة المثل ذهاباً وإياباً إليه ، وفي وجوبها من ذلك الموضع إلىٰ بلد العارية وجهان[3] :

أحدهما : لا ؛ لأنه مأذون فيه من جهة المالك .

---

(١) في هامش (ت) : (المصحح في « شرح البهجة » للشيخ زكريا : ضمان الهدي في العارية ، وكذا الأضحية المنذورة المعينان) .
وفي هامش (ك) : (ما بحثه مردود ، والأصح : أنه يضمن ، وكذا يضمن المعير أيضاً) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (أصحهما : ثانيهما) .

فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ . . زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ ، أَوْ لِشَعِيرٍ . . لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ ، وَلَوْ أَطْلَقَ ٱلزِّرَاعَةَ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ . وَإِذَا ٱسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ . . فَلَهُ ٱلزَّرْعُ وَلاَ عَكْسَ . . . .

والثاني : نعم ؛ لأن الإذن قد انقطع بالمجاوزة[1] .

قال : (**فإن أعاره لزراعة حنطة . . زرعها ومثلها إن لم ينهه ، أو لشعير . . لم يزرع فوقه كحنطة**) ؛ لأن ضرر الحنطة أكثر من ضرر الشعير وأقل من ضرر الذرة والقطن ، وفي الإجارة قول أو وجه منسوب إلىٰ نقل البويطي أو تخريجه : أن المستأجر لزراعة لا يجوز له أن يزرع غيره ، وطرد هٰذا في المستعير أولىٰ .

ويؤخذ من قوله : (ومثلها) الأدون بطريق الأولىٰ ، ولهٰذا عدل عن قول « المحرر » : (ومادونها) لينبه على المساوي .

قال : (**ولو أطلق الزراعة**) أي : أطلق الإذن فيها كأعرتك للزراعة (. . **صح في الأصح ويزرع ما شاء**) ؛ لإطلاق اللفظ .

والثاني : لا يصح ؛ لتفاوت الضرر في المزروع .

قال الرافعي : ولو قيل : إنها تصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً . . لكان مذهباً[2] ، أما إذا قال أعرتك لتزرع ما شئت . . فيصح ويزرع ما أراد ، لأنه عام ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه في نظيره من الإجارة على الصحة .

قال : (**وإذا استعار لبناء أو غراس . . فله الزرع**) ؛ لأنه أخف ، فصار كما إذا وكل في الشراء بمئة فاشترىٰ بخمسين .

وقيل : لا ؛ لأن الزرع يرخي الأرض .

وقيل : إن استعار للغراس . . زرع ، وإن استعار للبناء لم يزرع .

قال : (**ولا عكس**) ؛ لكثرة ضرر البناء والغراس .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ومنعه البلقيني بأن المطلقات إنما تنزل على الأقل إذا كان بحيث لو صرح به لصح ، وهٰذا لو صرح به . . لم يصح ؛ لأنه لا يوقف علىٰ حدِّ أقل الأنواع ضرراً ، فيؤدي إلى النزاع ، والعقود تصان عن ذلك) .

وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا ٱلْعَكْسُ ، وَأَنَّهُ لاَ تَصِحُّ إِعَارَةُ ٱلأَرْضِ مُطْلَقَةً ، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ ٱلْمَنْفَعَةِ . . . .

قال : (**والصحيح : أنه لا يغرس مستعيرٌ لبناء وكذا العكس**) ؛ لاختلاف جنس الضرر ، فإن ضرر الغرس في باطن الأرض أكثر ، وضرر البناء في ظاهرها أكثر .

والثاني : يجوز ؛ لأن كلاً منهما للتأبيد[1] .

قال : (**وأنه لا تصح إعارة الأرض مطلقة ، بل يشترط تعيين نوع المنفعة**) قياساً على الإجارة .

والثاني : تصح ؛ لأنها مكرمة ومعونة فتوسع فيها ، وإلىٰ هـٰذا ذهب أكثر الأصحاب واختاره الشيخ ، ولم يرجح في « الشرحين » شيئاً ، ونقل في زوائد « الروضة » هنا التصحيح عن « المحرر » ، وصححه في « الروضة » و« أصلها » في (باب الإجارة) .

فعلىٰ ما صححه الأكثرون : ينتفع بها كيف شاء لإطلاق الإذن .

وقال الروياني : ينتفع بما هو العادة ، واستحسنه الرافعي .

ثم إن الرافعي استثنىٰ بعد ذلك بدون صفحة دفن الموتىٰ فقال : الوجه : القطع بأن الإطلاق لا يسلط عليه ؛ لما فيه من ضرر اللزوم .

تتمة :

حيث أعار للبناء أو الغراس لم يكن ذلك للمستعير إلا مرة واحدة ، فلو قلع ما غرسه أو بناه . . لم تكن له إعادته إلا بإذن جديد ، إلا إذا صرح له بالتجديد مرة بعد أخرىٰ ، قاله البغوي .

وحكى القاضي أبو الطيب والمتولي في إعادة الغرس وجهين كالوجهين فيما إذا أعار الحائط لوضع الجذوع هل له إعادة غيرها؟

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

فَصْلٌ :

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ ٱلْعَارِيَةِ مَتَىٰ شَاءَ إِلاَّ إِذَا أَعَارَ لِدَفْنِ مَيْتٍ . . فَلاَ يَرْجِعُ حَتَّىٰ يَنْدَرِسَ أَثَرُ ٱلْمَدْفُونِ . . . .

قال : (**فصل** :

لكل منهما رد العارية متىٰ شاء) ؛ لأنها مكرمة ومبرة من المعير ، وارتفاق من المستعير ، فلو ألزمناها لامتنع الناس منها ، ولا فرق بين المطلقة والمؤقتة .

وقال مالك : لا يجوز الرجوع في المؤقتة ، وهو وجه لصاحب « التقريب » .

ومن جوازها يعلم أنها تنتهي بموت أحدهما وإغمائه وبحجر السفه ، فإذا مات المستعير . . وجب علىٰ ورثته الرد وإن لم يطالب المعير ، كذا قاله الرافعي[١] ، وزاد غيره أن مؤنة الرد على التركة[٢] ، فإن لم يخلف شيئاً . . فالواجب عليهم التخلية فقط .

قال : (**إلا إذا أعار لدفن ميت . . فلا يرجع حتىٰ يندرس أثر المدفون**) ؛ لأن الدفن يراد للدوام ، وفي النبش هتك لحرمة الميت .

ويستفاد من منع الرجوع أنه ليس له طلب الأجرة ؛ لأن العرف لم يجر به ، والميت زائل الملك ، والأولياء لا يلزمهم ، لكن للمالك سقي الأشجار إن لم يؤد ذلك إلىٰ ظهور شيء من الميت .

والمراد بـ(الاندراس) : أن يصير تراباً ، وذلك يختلف باختلاف الأرض والموتىٰ ، وكذا بعد الاندراس عند القاضي حسين يمتنع الرجوع أيضاً .

ومسألة الكتاب مصورة بما إذا كان الرجوع بعد الدفن ، فإن رجع بعد الوضع في القبر وقبل المواراة . . فالصحيح : امتناعه أيضاً ، كما صرح به في « الشرح الصغير »[٣] ، وليس في « الكبير » ولا في « الروضة » في ذلك تصحيح .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (هو المعتمد) .

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوِ ٱلْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ ؛ إِنْ كَانَ شَرَطَ ٱلْقَلْعَ ومَجَّاناً . . لَزِمَهُ ، . . . .

وإن كان قبل الوضع . . جاز ، وفي هٰذه الحالة قال المتولي : يغرم الراجع لولي الميت مؤنة الحفر ؛ لأنه ورطه[1] .

ووهم الرافعي فنقل عنه أن الحفر علىٰ ولي الميت ، وتبعه في « المطلب » فجزم به ، لٰكن في « فتاوى البغوي » : لو أعار أرضاً للزراعة ثم رجع المعير بعد أن حرثها المستعير . . لم تلزمه أجرة الحراثة[2] ، والمعير قد ورطه في المسألتين ، إلا أن يقال : إن الدفن واجب لا بد منه على الولي ، بخلاف الزرع ، فهو راجع إلىٰ خيرته ، فيغرم الأول دون الثاني .

وأورد علىٰ حصر الكتاب : إذا كفنه أجنبي وقلنا : إنه باق علىٰ ملك الأجنبي كما صححه المصنف في (باب السرقة) . . فهو عارية لازمة .

وإذا استعار داراً لسكنىٰ معتدة . . فهي لازمة من جهة المستعير فقط .

وإذا قال : أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً . . لم يكن للوارث الرجوع .

وإذا أعار جداراً لوضع الجذوع فوضعها وأحكمها . . فقيل ليس له في هٰذه الرجوع ، لٰكن الأصح : جوازه كما تقدم في (باب الصلح) .

وإذا أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً يستر به عورته أو يفرشه في مكان نجس ففعل وأحرم وكان الرجوع يؤدي إلىٰ بطلان الصلاة . . فالمتجه : منعه ، ويحتمل الجواز ، وفائدته طلب الأجرة .

وإذا أعار سلاحاً أو دابة للغزو والتقى الزحفان . . قال في « الخصال » : ليس له الرجوع فيهما حتىٰ ينكشف القتال .

قال : (**وإذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدة ثم رجع**) أي : بعد أن بنىٰ أو غرس (**إن كان شرط القلع مجاناً . . لزمه**) ؛ لأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِلاَّ : فَإِنِ ٱخْتَارَ ٱلْمُسْتَعِيرُ ٱلْقَلْعَ . . قَلَعَ ، وَلاَ تَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ ٱلأَرْض فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : تَلْزَمُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

بالقلع ، وتلزمه أيضاً تسوية الأرض إن شرطها ، وإلا . . فلا ، سواء في ذلك المؤقتة والمطلقة .

وقوله : (مجاناً) كذا هو في « الروضة » وكتب الرافعي ، وهو يوهم أنه لو شرط القلع ولم يقل : مجاناً . . لا يكون كذلك ، والصواب[1] : حذفه[2] كما حذفه أبو الطيب والدارمي والمحاملي وأصحاب « الحاوي » و« البحر » و« المهذب » و« الشامل » و« البيان » ونص عليه في « المختصر » ، لا جرم حذفه الرافعي في نظيره من الإجارة .

ولو اختلفا في وقوع شرط القلع . . فالظاهر تصديق المستعير ؛ إذ الأصل عدمه واحترام ماله ، كذا قاله بعض المتأخرين ، ولا خلاف أنه بعد الرجوع لا يجوز للمستعير البناء والغراس ، فلو فعل عالماً بالرجوع . . فكما تقدم .

ونبه في « البحر »[3] على أن المراد بالغراس : الغرس ؛ فإن الغراس هي نفس الأغصان التي تغرس ، قال : فلو عبر بـ(الغرس) لكان أخصر وأحسن .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يشترط عليه القلع أصلاً (**فإن اختار المستعير القلع . . قلع**) أي : بلا أرش ؛ لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه .

قال : (**ولا تلزمه تسوية الأرض في الأصح**) ؛ لأنه مأذون فيه فلم يلزمه ضمان نقصه كاستعمال الثوب المستعار .

قال : (**قلت : الأصح : تلزمه والله أعلم**) ليرد ما أخذ كما أخذ ، والأكثرون أطلقوا الوجهين من غير تصحيح ، والرافعي رجح في « الشرحين » الثاني كما رجحه المصنف ، وصحح الشيخ أن ما حصل من حفر بسبب البناء والغراس في مدة العارية

---

(١) في هامش (ك) : (احترز بقوله : (مجاناً عما إذا شرط المعير أنه متىٰ رجع . . غرم أرش النقص ، فإنه يعمل بهـٰذا الشرط ، وحينئذ اندفع اعتراض الشارح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في (د) و(ك) : (التحرير) .

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً ، بَلِ ٱلْمُعِيرُ بِٱلْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ ، أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ ٱلنَّقْصِ ، قِيلَ : أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِٱلْقِيمَةِ . . . .

لا تلزم تسويته ، وما حصل بسبب القلع زائد علىٰ ذلك تلزم تسويته ، وقال : إنه الذي تتعين الفتيا به[1] .

وموضع الخلاف : إذا كانت الحفرة الحاصلة في الأرض علىٰ قدر الحاجة ، فإن زادت علىٰ حاجة القلع . . لزم طم الزائد قطعاً .

قال : (**وإن لم يختر**) أي : المستعير القلع (. . **لم يقلع مجاناً**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس لعرق ظالم حق »[2] فأفهم أن غير الظالم له حق وقال أبو حنيفة : يقلع مجاناً .

قال : (**بل المعير بالخيار بين أن يبقيه بأجرة ، أو يقلع ويضمن أرش النقص ، قيل : أو يتملكه بالقيمة**)[3] ؛ لأن العارية مكرمة لا يليق بها منع المعير ولا تضييع مال المستعير ، فأثبتنا الرجوع علىٰ وجه لا يتضرر به المستعير .

فعلىٰ هـٰذا : أي خصلة اختارها المعير أجبرنا المستعير علىٰ موافقته عليها ، وإلا كلفناه تفريغ الأرض ، ونعتبر مع ذلك أيضاً أرش نقصان الثمرة إن كانت على الأشجار .

والمراد بـ(النقصان) : التفاوت بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، وعلى القائل : لا يتملك ، أن ذلك بيع ، فلا بد فيه من التراضي .

مهمة :

حاصل ما في « الشرحين و« الروضة » أوجه :

أصحها في هـٰذا الباب : يتخير بين التملك بالقيمة والقلع بالأرش ، وليس له

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال) .
(٢) أخرجه البخاري في المزارعة ، باب : من أحيا أرضاً مواتاً ، تعليقاً ، وأبو داوود (٣٠٦٨) ، والترمذي (١٣٧٨) ، ومالك (٢/ ٧٦٣) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً إِنْ بذَلَ ٱلْمُسْتَعِيرُ ٱلأُجْرَةَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

الإبقاء بأجرة وهو المجزوم به في « المهذب » هنا وفي « المنهاج » في (الفلس) وفي « التنبيه » في (الشفعة) .

والثاني : يتخير بين الثلاث ، وهو ما أجاب به في « الروضة » و« أصلها » في أبواب منها (الهبة)[1] .

والثالث : يقلع بالأرش قهراً .

وأما الأخيران فلا يجبر عليهما المستعير ، فالثابت له علىٰ هـٰذا خصلة واحدة .

ثم قوله : (يبقيه بأجرة) لا يصح أن يكون ما يطلبه المعير ، ولا أن يفرض الحاكم أجرة المثل حالة ؛ إذ لا ضابط للمدة ، ولا مقسطة ؛ لأنه لا يفرض مقسطاً ، وأقرب ما يمكن سلوكه ما ذكره في (الصلح) من بيع حق البناء دائماً بعوض حال بلفظ البيع أو الإجارة وإن جهلت المدة[2] ، لـٰكن يلزم منه أن يبني ويغرس غيره عند تلفه أو قلعه ، أو يؤجره لغيره وهو بعيد .

ومحل تخيير المعير بين الخصال الثلاث : إذا كانت الأرض خالصة له ، فإن بنىٰ أحد الشريكين أو غرس في مشتركة بإذن شريكه . . لم يكن للشريك إذا رجع إلا الإبقاء بأجرة[3] .

قال : (**فإن لم يختر . . لم يقلع مجاناً إن بذل المستعير الأجرة**) ؛ لانتفاء الضرر .

قال : (**وكذا إن لم يبذلها في الأصح**) ؛ لأن المعير مقصر بترك الاختيار راض بإتلاف منافعه .

والثاني : له القلع مجاناً ؛ لأن العارية قد انتهت بالرجوع فلا بد من الأجرة في مقابلة الانتفاع ، هـٰذا الذي قطع به المخيرون بين الثلاث ، ويقابله أن له القلع مجاناً ،

---

(١) في هامش (ك) : (وهو المعتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ت) : (الذي أفتى به ابن الصلاح وساعده عليه غيره : أن له أن يتملك من الغراس بقدر حصته من الأرض بقيمته) .

ثُمَّ قِيلَ : يَبِيعُ ٱلْحَاكِمُ ٱلأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَتُقْسَمُ بَيْنَهُمَا ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّىٰ يَخْتَارَا شَيْئاً . وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَٱلِانْتِفَاعُ بِهَا ، وَلاَ يَدْخُلُهَا ٱلْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِتَفَرُّجٍ ، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَٱلإِصْلاَحِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وأغرب الشاشي وابن يونس فحكياه مع بذلها أيضاً .

قال : (**ثم قيل : يبيع الحاكم الأرض وما فيها وتُقسم بينهما**) فصلاً للخصومة .

قال : (**والأصح : أنه يعرض عنهما حتىٰ يختارا شيئاً**) ؛ إذ لا تقصير من المستعير ، فكيف يزال ملكه قهراً؟

قال الإمام : والظاهر لزوم الأجرة في مدة التوقف .

وقوله : (يختارا) كذا هو مثنىٰ بخط المصنف و« المحرر » وبعض نسخ « الشرحين » ، والصواب[1] : حذف الألف ، كما هو بخطه في « الروضة » ؛ لأن اختيار المعير كاف .

قال : (**وللمعير دخولها والانتفاع بها**) أي : في مدة التنازع ؛ لأنها ملكه ، ويستظل بالبناء والغراس لٰكن لا يربط بهما شيئاً ولا يستند إليهما ، هٰكذا قاله القاضي وجماعة[2] ، فإن حمل علىٰ ما يضر . فلا إشكال[3] كما سبق في (الصلح) .

قال : (**ولا يدخلها المستعير بغير إذن لتفرج**) ؛ لأنه لا ضرورة به إلىٰ ذلك .

و(التفرج) : لفظة مولدة مأخوذة من انفراج الهم وهو انكشافه ، ووقع في « الوسيط » التنزه بدل التفرج وهو مراده ، لٰكن هٰذه اللفظة معدودة من لحن العوام .

قال أهل اللغة : التنزه التبعد عن المياه والبلاد ، ومن لحن العامة : كنا نتنزه ، أي : نتفرج .

قال : (**ويجوز للسقي والإصلاح في الأصح**) صيانة لملكه عن الضياع .

والثاني : لا ؛ لأنه يشغل ملك غيره إلىٰ أن يصل إلىٰ ملكه ، وضعفه الإمام بأنه يؤدي إلىٰ تعطيل الثمار .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (هو المراد) ورمز له بالصحة .

وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ . . . .

وتعبيره بـ(الإصلاح) أعم من قوله في « المحرر » و« الروضة » و« الشرحين » : ومرمة الجدار .

ومحل الجواز ما إذا لم تتعطل المنفعة علىٰ مالك الأرض بدخوله ، فإن تعطلت لم يمكن إلا بأجرة ، قاله المتولي وصوبه الشيخ(١) .

قال : (**ولكل بيع ملكه**) من الآخر ومن ثالث كسائر الأملاك ، ثم إن باعه أحدهما للآخر . . فلا كلام ، وإن باع المعير لثالث . . تخير المشتري كما كان يتخير البائع ، وإن باع المستعير . . فالمعير باق علىٰ خيرته ، وللمشتري الخيار إن جهل .

قال : (**وقيل : ليس للمستعير بيعه لثالث**) بل يبيعه للمعير فقط ؛ لأن ملكه غير مستقر .

والصحيح : الأول ؛ لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع ، كالشقص المشفوع ، يجوز للشريك بيعه وإن جاز أن ينزعه الشفيع ، أما إذا أذن له المعير . . فمقتضىٰ كلام الماوردي والإمام القطع بالصحة .

وقال في « المطلب » : الذي يظهر طرد الخلاف مطلقاً .

وقيل : لا يجوز للمعير البيع لثالث أيضاً ، وصححه الماوردي والروياني ؛ لأن مدة بقاء الغرس فيها مجهولة .

كل هٰذا في حال التنازع وقبل استقرار الأمر بينهما علىٰ أجرة ، فإن اتفقا علىٰ أجرة مسماة . . صار الحكم كالحكم في العين المستأجرة .

ولو باعا لثالث بثمن واحد . . صح في الأصح للحاجة ، بخلاف ما لو كان لاثنين عبدان لكل منهما عبد فباعاهما بثمن واحد ولم يعلم ما يقابل كلاً منهما عند العقد . . فإن المصحح في « شرح المهذب » و« تصحيح التنبيه » ونقله الرافعي في (الصداق) عن النص : البطلان(٢) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْعَارِيَةُ ٱلْمُؤَقَّتَةُ كَٱلْمُطْلَقَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَهُ ٱلْقَلْعُ فِيهَا مَجَّاناً إِذَا رَجَعَ . وَإِذَا أَعَارَ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ ٱلزَّرْعِ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ عَلَيْهِ ٱلإِبْقَاءَ إِلَى ٱلْحَصَادِ ، وَأَنَّ لَهُ ٱلأُجْرَةَ . فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ ٱلزِّرَاعَةِ . . قَلَعَ مَجَّاناً .

قال : (**والعارية المؤقتة كالمطلقة**) أي : في جميع ما سبق ، سواء انتهت المدة أو رجع قبلها .

وقيل : لا رجوع قبلها ، وفائدة التأقيت إنما هي المنع من إحداث غرس أو بناء .

قال : (**وفي قول : له القلع فيها مجاناً إذا رجع**) ومحل هـٰذا القول بعد المدة وهو بعدها لا يحتاج إلىٰ رجوع ، فكان ينبغي أن يعبر بالانتهاء دون الرجوع ، والضمير في (فيها) يعود إلى المؤقتة .

قال : (**وإذا أعار لزراعة ورجع قبل إدراك الزرع . . فالصحيح : أن عليه الإبقاء إلى الحصاد**) ؛ لأن له أمداً ينتظر ، بخلاف البناء والغراس ، فإن كان الزرع مما يعتاد قلعه . . كلف القلع .

والثاني : حكمه حكم البناء والغراس في التخيير السابق .

قال : (**وأن له الأجرة**) ؛ لأن الإباحة انقطعت بالرجوع فأشبه ما إذا أعاره دابة إلىٰ بلد فرجع في الطريق . . فإنه يجب عليه نقله إلىٰ مأمن بأجرة المثل .

والثاني : يبقيه بغير أجرة استصحاباً للأصل ؛ لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع ، وهو رأي المزني واختاره الروياني ، فلو كان الزرع يعتاد قطعه كالباقلاء والقصيل[1] . . كلف القلع .

قال : (**فلو عين مدة ولم يدرك فيها لتقصيره بتأخير الزراعة . . قلع مجاناً**) أشار بذلك إلىٰ علة الحكم وهـٰذا لا خلاف فيه ، ويلزمه مع ذلك تسوية الأرض .

وأفهم كلامه : أنه إذا لم يكن مقصراً . . لم يقلع مجاناً ، بل يكون كما لو أعار مطلقاً ، سواء كان عدم الإدراك لحر أو برد أو مطر ، أو لقلة المدة المعينة ، أو لأكل

---

(١) **القصيل** : هو اسم للزرع الصغير .

وَلَوْ حَمَلَ ٱلسَّيْلُ بَذْراً إِلَىٰ أَرْضِهِ فَنَبَتَ . . فَهُوَ لِصَاحِبِ ٱلْبَذْرِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَىٰ قَلْعِهِ . وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا : أَعَرْتَنِيهَا ، فَقَالَ : بَلْ أَجَّرْتُكَهَا ، أَوِ ٱخْتَلَفَ مَالِكُ ٱلأَرْضِ وزَارِعُهَا كَذٰلِكَ . . فَٱلْمُصَدَّقُ ٱلْمَالِكُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

الجراد رأس الزرع فينبت ثانياً ، وفي نظيره من الإجارة وجه : أنه يقلع مجاناً ، فهنا أولىٰ .

قال : (**ولو حمل السيل بذراً إلىٰ أرضه فنبت . . فهو لصاحب البذر**) ؛ لأنه عين ماله وكذلك ما حمله الهواء ، فإن كان ذلك البذر لا قيمة له كحبة أو نواة . . فهل النابت لمالك الأرض أو الحبة؟ وجهان ، صحح المصنف الثاني ، واستثنىٰ منه : ما إذا كان المالك ألقىٰ ذلك الشيء أو أعرض عنه ؛ فقطع بأنه لصاحب الأرض[1] .

قال : (**والأصح : أنه يجبر علىٰ قلعه**) أي : مجاناً ؛ لأن المالك لم يأذن فيه ، فأشبه ما إذا انتشرت أغصان شجرة الغير إلىٰ هواء داره . . له قطعها ولا أجرة عليه وإن كثر لعدم الفعل منه .

والثاني : لا يجبر ؛ لعدم التعدي .

فعلىٰ هـٰذا : يكون كالمستعير ، فينظر في النابت أهو زرع أم شجر ويكون الحكم كما سبق ، وإذا قلع في هـٰذه المسألة . . تلزمه تسوية الحفر . لأنه أدخل النقص في ملك غيره لاستصلاح ملكه ، فلو بذل صاحب الأرض الأرش . . أجبر قطعاً ، ويجبر أيضاً علىٰ تسوية الحفر .

قال : (**ولو ركب دابة وقال لمالكها : أعرتنيها ، فقال : بل أجرتكها**) أي : مدة كذا بكذا (**أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك . . فالمصدق المالك على المذهب**) ؛ لأن المنافع تصح المعاوضة عليها كالأعيان .

ولو اختلفا في العين بعد استهلاكها فقال المالك : بعتكها ، وقال : بل وهبتنيها . . صدق المالك ، فكذا هنا .

---

(١) في هامش (ت) : (قوله : « لصاحب الأرض » مراده به : غير السفيه إذا كان كالصبي والمجنون) .

. . . .

وكما لو أكل طعام الغير وقال : كنت أبحته لي ، وأنكر المالك . . فإن القول قوله ، وبهٰذا قال مالك والمزني .

والثاني : يصدق الراكب والزارع وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنهما اتفقا علىٰ تلف المنافع علىٰ ملك الراكب إما بالإجارة كما زعم المالك أو بالإعارة كما زعم الراكب ، والمالك يدعي عوضاً والأصل براءة ذمته منه .

والثالث : يصدق المالك في الأرض دون الدابة ، وهٰذا هو المنصوص في « المختصر » وأظهر عند القفال ؛ لأن الداوب تكثر فيها الإعارة والأرض تندر ، فيصدق في كل صورة مَنِ الظاهرُ معه ، وضعف هٰذا بأن الشافعي رضي الله عنه لا يعتبر العادة في الدعاوىٰ ، ولهٰذا لا تقدم دعوى العطار على الدباغ في دعوى العطر كما سيأتي في بابه .

والفرق بين هٰذا وبين ما إذا غسل ثوبه غسال أو خاطه خياط ثم قال : فعلته بالأجرة ، وقال المالك : مجاناً حيث كان القول قول المالك مع يمينه : أن الغسال فوت منفعة نفسه ثم ادعىٰ لها عوضاً على الغير ، وهٰهنا المتصرف فوت منفعة مال الغير وأراد إسقاط الضمان عن نفسه . . فلم يقبل .

تنبيهان :

أحدهما : إطلاق تصديق المالك يوهم استحقاقه المسمىٰ إذا حلف علىٰ نفي الإعارة وإثبات الإجارة إتماماً لتصديقه ، والأصح : أجرة المثل .

الثاني : صورة مسألة الكتاب : أن يختلفا بعد مضي مدة لها أجرة والدابة باقية ، فإنْ لم تمض مدة لها أجرة . . فإن المالك يسترد العين ، ولا معنىٰ للاختلاف .

وإن وقع ذلك بعد تلف الدابة ، فإن تلفت عقب الأخذ . . فالراكب مقر بالقيمة لمنكرها ، وإن تلفت بعد مدة لها أجرة . . فالراكب مقر له بالقيمة ، والمالك ينكرها ويدعي الأجرة ، فإن كانت الأجرة مثل القيمة أو أقل . . أخذها بلا يمين ، وإن كانت أكثر . . أخذ قدر القيمة ، وفي المصدق في الزائد الخلاف .

وَكَذَا لَوْ قَالَ : أَعَرْتَنِي ، وَقَالَ : بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي ، فَإِنْ تَلِفَتِ ٱلْعَيْنُ . . فَقَدِ ٱتَّفَقَا عَلَى ٱلضَّمَانِ . لَـٰكِنِ ٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ ، لاَ بِأَقْصَى ٱلْقِيَمِ ، وَلاَ بِيَوْمِ ٱلْقَبْضِ ، . . . .

قال : (**وكذا إن قال : أعرتني ، وقال : بل غصبت مني**) والحال أنه مضىٰ زمن لمثله أجرة والعين باقية . . فالمصدق المالك ؛ لأنه يدعي أجرة المثل هـٰهنا ، كما يدعي المسمىٰ هناك ، وقيل : يصدق الراكب والزارع ؛ لأن الأصل براءة الذمة .

وقيل : يصدق المالك قطعاً .

وقيل : يصدق المنتفع قطعاً ؛ لأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتصرف إلا علىٰ وجه جائز .

أما إذا دفع ألفاً إلىٰ إنسان وقال : كانت وديعة فهلكت وقال الدافع : بل قرضاً . . فقال البغوي في « فتاويه » القول قول المدفوع إليه بيمينه[1] ؛ لأن الأصل براءته ، بخلاف ما إذا قال : غصبتني ، فقال : بل أكريتني ؛ لأنه أتلف منفعة ماله ثم ادعىٰ إسقاط الضمان بعد الاتفاق علىٰ أنه أخذه لحق نفسه .

قال : (**فإن تلفت العين . . فقد اتفقا على الضمان**) ؛ إذ كل من الغصب والإعارة مضمن ، لـٰكن إنما يستمر ما ذكره إذا ثبت أنها تلفت تلفاً يضمن العارية كما سبق .

قال : (**لـٰكن الأصح : أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف ، لا بأقصى القيم ، ولا بيوم القبض**) أشار إلىٰ ثلاثة أوجه مشهورة في الذي تضمن به العارية التالفة بغير الاستعمال المأذون فيه وبغير تعد :

الصحيح منها : ما ذكره ، وهو قيمة يوم التلف ؛ لأنا لو اعتبرنا الأقصىٰ أو يوم القبض . . لأدىٰ إلىٰ تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال المأذون فيه .

والثاني : قيمة يوم القبض ، واتفقوا علىٰ أنه أضعف الأوجه تشبيهاً بالقرض .

والثالث : أقصى القيم كالمغصوب ، فالمالك في هـٰذه الصورة يدعي ضمان الغصب والآخر يدعي ضمان العارية ، وبنوا على الخلاف ضمان ولد العارية ، فإن قلنا : يضمن بالأقصىٰ . . ضمن ، وإلا . . فلا ، وليس له استعماله بلا خلاف .

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح : أن المصدق المالك) .

فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ ٱلْمَالِكُ أَكْثَرَ . . حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ .

والخلاف المذكور في كيفية ضمان العارية جار في ضمان المأخوذ بالسوم ، لٰكن الأصح فيه : اعتبار يوم القبض ؛ لأن تضمين أجزائه غير ممتنع ، كذا قاله الإمام ، وقال غيره : الأصح فيه كالأصح في العارية[1] .

قال : (**فإن كان ما يدعيه المالك أكثر**) بأن تكون قيمتها يوم التلف أقل .

قال : (. . **حلف للزيادة**) ؛ لأن غريمه ينكرها ، وأما المتفق عليه . . فيأخذه بلا يمين ؛ لموافقة غريمه على الاستحقاق، وإليه أشار المصنف بقوله: (حلف للزيادة).

نعم؛ إن قلنا: إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ . . فلا بد من اليمين في أظهر الوجهين.

تتمة :

إذا استعمل المستعير المعار بعد رجوع المعير وقبل العلم به . . نقل الرافعي عن « فتاوى القفال » : أنه لا تلزمه أجرة[2] ، ونقل في (كتاب القسم والنشوز) : أن مبيح الطعام إذا رجع عن إباحته فأكله المباح له بعد الرجوع وقبل العلم في وجوب الضمان طريقين[3] .

قال في « المطلب » : والأشبه القطع بوجوب الضمان في المسألتين .

* * *

خاتمة

أخذ كوزاً من سقاء ليشرب مجاناً كان الكوز عارية ، وإن دفع إليه فلساً وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده فانكسر ضمن الماء ؛ لأنه أخذه بشراء فاسد ، ولم يضمن الكوز ؛ لأنه بحكم الإجارة الفاسدة .

* * *

---

(١) في هامش (ك) : (قوله : « وقال غيره . . » هو الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (الأصح منهما : الضمان ، والفرق بينهما أنه يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان) .

كتاب الغصب

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

كِتَابُ ٱلْغَصْبِ

. . . .

كتاب الغصب

قال الجوهري : هو أخذ الشيء ظلماً ، فيدخل فيه المأخوذ بسرقة أو محاربة أو اختلاس ، ولا يمتنع أن يسمىٰ غصباً وإن اختص بأسماء ، كما يسمىٰ بيع أحد النقدين بالآخر صرفاً وإن شمله اسم البيع .

وهو من كبائر الذنوب ، واشترط الهروي فيه أن يكون نصاباً[1] ، ونقل الماوردي الإجماع علىٰ فسق فاعله وكفر مستحله .

والأصل في تحريمه آيات منها : قوله تعالىٰ : ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ﴾ .

وفي « الصحيحين » [خ ١٠٥ـ م ١٢١٨] : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم » .

وافتتحه في « المحرر » بقوله تعالىٰ : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ ومعناها : لا يأكل بعضكم أموال بعض بالباطل .

قال : وفي الحديث : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » وأيضاً : « من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة » فأما الحديث الأول . . فرواه الأربعة والحاكم عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه ، والثاني في « الصحيحين » [خ ٢٤٥٣ـ م ١٦١٠] وغيرهما بلفظ (من ظلم) و(من أخذ) وهو يعم الغصب ، وأما لفظ (غصب) . . ففي كتب الفقهاء .

والآيات والأحاديث في الباب كثيرة[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (قال ابن زهرة في تفسير قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ : نقل بعض أئمة التفسير اتفاق أهل السنة بفسق من أخذ ما وقع عليه اسم مال قل أو كثر) .

(٢) في هامش (ت) : (وعن السائب بن يزيد عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه =

قال : (**هو : الاستيلاء علىٰ حق الغير عدواناً**) .

(الاستيلاء) : الغلبة على الشيء ، تقول استولىٰ زيد علىٰ كذا إذا صار في يده .

وقوله : (حق الغير) أشمل من قول غيره : مال الغير ؛ إذ يدخل فيه ما يجري مجرى المال كالكلب وجلد الميتة والسرجين وحبة الحنطة ، وحق التحجر ، والمنافع كإقامة من قعد في المسجد أو موات أو استحق سكنىٰ بيت برباط .

أما الفواسق كالغراب ونحوه . . فلا ملك فيها لأحد ولا يد ولا اختصاص ، فلا يجب ردها علىٰ من أخذت منه ، كذا نقله الرافعي في (كتاب ضمان البهائم) عن الإمام وأقره[1] .

ودخول الألف واللام علىٰ (غير) قليل في اللغة كثير في ألسنة الفقهاء ، وقد عده الحريري لحناً .

وخرج بقوله : (عدواناً) المقبوض بالعقود مضموناً كان أو غير مضمون كالعارية والوديعة ، والأمانات كاللقطة وما ألقته الريح .

وهـٰذا الحد غير جامع ؛ لخروج ما إذا أخذ مال غيره وهو يظنه له . . فإنه يضمنه ضمان المغصوب وليس بعدوان فلو قال : (بغير حق) كما نقل القاضي والإمام . . لاطرد ، ولا مانع لدخول السرقة فلو زاد : (جهراً) كما استحسنه في « الشرح الصغير » . . لانعكس .

ثم لفظ الاستيلاء يقتضي : أنه لو كان له أشجار فأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم حتىٰ تلفت . . لا يضمن ؛ لأنه لم يستول ، وهو أصح الوجهين عند الرافعي ، وأجراهما المتولي فيما لو قرب النار إلى السمن حتىٰ ذاب أو نقله إلى الشمس ، وقطع

= وسلم : « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه . . فليردها إليه » . رواه أبو داوود [٤٩٦٤] والترمذي [٢١٦٠] وقال : حديث حسن غريب .

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه » . رواه ابن ماجه) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَىٰ فِرَاشٍ . . فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ . وَإِنْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا ، أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى ٱلدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ . . فَغَاصِبٌ ، . . . .

الماوردي بالضمان واختاره الشيخ .

قال : (**فلو ركب دابة أو جلس علىٰ فراش . . فغاصب وإن لم ينقل**) ؛ لحصول غاية الاستيلاء وهو الانتفاع علىٰ وجه التعدي .

وقيل : يشترط النقل ، فلا يكون غاصباً بدونه ؛ لأن أهل العرف لا يعدونه بدونه غاصباً .

قال الرافعي : يشبه أن تكون المسألة مصورة بما إذا قصد الجالس أو الراكب الاستيلاء ، أما إذا لم يقصد . . ففي كونه غاصباً وجهان ، وأغفل في « الروضة » هٰذا وقال : أصحهما : أنه غاصب ، سواء قصد الاستيلاء أم لا[1] .

وفي ترجيح كونه غاصباً إذا لم يقصد نظر ، فقد صرح المتولي والخوارزمي بأنه لا ضمان عليه .

ولو كان بين يديه شيء منقول فأخذه إنسان لينظر هل يصلح له فيشتريه ، أو ليعمل له مثله فتلف في يده . . ضمنه .

ولو دخل داراً لينظرها لشرائها أو لبناء مثلها فانهدمت في تلك الحالة . . لا ضمان على الصحيح .

قال : (**وإن دخل داره وأزعجه عنها**) أي : أخرجه منها وانفرد باليد عليها (**أو أزعجه وقهره على الدار ولم يدخل . . فغاصب**) وإن لم يقصد الاستيلاء ؛ لأن نفس الاستيلاء مغن عن قصده .

و(القهر) : الغلبة ، والمراد بدخول الدار : بأن يكون علىٰ هيئة من يقصد السكنىٰ ، بأن يكون معه أهله وأمتعته[2] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قوله : « بأن يكون معه أهله وأمتعته » رأي مرجوح ، والأصح : لا يشترط) .

وَفِي ٱلثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ . وَلَوْ سَكَنَ بَيْتاً وَمَنَعَ ٱلْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي ٱلدَّارِ . . فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ . وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ ٱلِاسْتِيلاَءِ وَلَيْسَ ٱلْمَالِكُ فِيهَا . . فَغَاصِبٌ ، وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ . . فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ ٱلدَّارِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لاَ يُعَدُّ مُسْتَوْلِياً عَلَىٰ صَاحِبِ ٱلدَّارِ . . . .

قال : (**وفي الثانية وجه واه**) أي : فيما إذا استولىٰ ولم يدخل وجه : أنه لا يكون غاصباً ؛ لأن أهل العرف لا يطلقون عليه الغصب .

قال المتولي : والأقمشة التي في الدار إن منع المالك من نقلها . . صار ضامناً لها ، وإلا . . فلا .

قال : (**ولو سكن بيتاً ومنع المالك منه دون باقي الدار . . فغاصب للبيت فقط**) ؛ لقصر الاستيلاء عليه .

قال : (**ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها . . فغاصب**) سواء كان الداخل ضعيفاً أو قوياً ؛ لوجود الاستيلاء ، كمن غصب قلنسوة ملك . . فإنه غاصب مع سهولة استرجاعها .

وقيل : إن كان الداخل ضعيفاً لم يكن غاصباً ؛ لأنه لا يعد مستولياً .

قال : (**وإن كان ولم يزعجه . . فغاصب لنصف الدار**) ؛ لاجتماع يديهما عليها واستيلائهما .

وقال بعض الأصحاب : لا يكون غاصباً لشيء منها ، كما لو أخذ بعنان الدابة وصاحبها راكب .

قال : (**إلا أن يكون ضعيفاً لا يعد مستولياً علىٰ صاحب الدار**) ففي هـٰذه الحالة لا يكون غاصباً لشيء منها ؛ لأنه في هـٰذه الحالة لا يتحقق منه الاستيلاء ، وما لا يمكن تحقيقه لا اعتبار بقصده .

ولو كان المالك ضعيفاً والداخل قوياً . . فقياسه[1] أن يكون غاصباً لجميعها ، ولم

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح : خلافه) .

وَعَلَى ٱلْغَاصِبِ ٱلرَّدُّ ، فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ . . ضَمِنَهُ . . . .

يصرحوا به ، ولعله لاستمرار يد المالك على القبض[1] ، وحيث لا يجعل الداخل غاصباً تلزمه أجرة المثل بشرطه .

وحكم الأرض حكم الدار ، حتىٰ لو غرقها سيل أو علاها رمل في يده ضمنها .

فرع :

أعطىٰ عبد إنسان شيئاً ليوصله إلىٰ بيته بغير إذن سيده ، قال القاضي : يكون ضامناً ؛ لأنه لو استعمله لذلك ضمنه[2] .

وما ضمن بالعارية ضمن بالغصب .

قال البغوي في « الفتاوىٰ » : هـٰذا عندي فيما إذا قهره على العمل أو كان أعجمياً يرى العمل لكل من يأمره[3] .

قال : ولو أن الزوج بعث عبد زوجته في شغل دون إذنها . . ضمن بكل حال ؛ لأن عبد المرأة قد يرىٰ طاعة زوجها ، فهو كالأعجمي في حق الأجنبي[4] .

وسئل ابن الصلاح عن رجل أخذ بيد مملوك لغيره وأخافه بسبب تهمة فهرب لوقته ، فأجاب بأنه لا يضمنه إن لم يكن نقله من مكان إلىٰ مكان بقصد الاستيلاء[5] .

قال : (**وعلى الغاصب الرد**) أي : على المالك أو وكيله أو وليه وإن غرم عليه أضعاف قيمته ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » .

قال : (**فإن تلف عنده . . ضمنه**) بالإجماع ، وكذا لو أتلفه هو أو أجنبي من باب أولىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٤) في هامش (ك) : (قد رجح خلاف كلام البغوي ومارتب عليه صاحب « الأنوار ») .

(٥) في هامش (ك) : (ما أجاب به أصح لـٰكن قوله : « بقصد الاستيلاء » ليس بقيد) ورمز لقوله : « لا يضمنه » بالصحة .

وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ . . ضَمِنَهُ . وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى ٱلْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِٱلْفَتْحِ ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ وَخَرَجَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، . . . .

هـٰذا إذا كان المتلف له قيمة ، فإن لم يكن كالسرجين ونحوه . . فلا ضمان ، ولو كان مستحق السرجين غرم علىٰ نقله مؤنة . . لم نوجبها على الغاصب كما أجاب به البغوي[1] .

ولو رد الدابة إلى الإصطبل . . برىء إذا علم المالك بها أو أخبره من يعتمد خبره ، ولا يبرأ قبل العلم أو الإخبار .

قال : (**ولو أتلف مالاً في يد مالكه . . ضمنه**) بالإجماع ، لـٰكن يستثنىٰ منه :

العبد المرتد ، والحيوان الصائل وغيره ، والقاتل حرابة ، وكسر الباب ، ونقب الجدار في مسائل الظفر كما سيأتي .

وما إذا لم يتمكن المنكر في إراقة الخمر إلا بكسر ظرفها .

وما إذا لم يتمكن من دفع الصائل وقاطع الطريق إلا بعقر جواده وكسر سلاحه .

وما يتلفه العادل على الباغي في حالة الحرب وعكسه ، وما يتلفه الحربي فإنه لا ضمان عليه ؛ لأنه مخاطب بفروع الأحكام لا بالضمان ، وهـٰذه المسألة ليست من الغصب ، لـٰكن الأصحاب ذكروا هـٰهنا أسباب العدوان استطراداً ، سواء كان باليد العادية وهو الغصب بالمباشرة كهـٰذه ، أو بالسبب كفتح القفص ونحوه .

فرع :

دخل دكان حداد وهو يطرق الحديد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه كان هدراً وإن دخل بإذن الحداد .

قال : (**ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح ، أو منصوب فسقط وخرج ما فيه . . ضمن**) ؛ لأنه باشر إتلافه .

واحترز بقوله : (بالفتح) عن جامد قرب إليه ناراً فالأصح : أن الضمان على المقرب كما تقدم قريباً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ . . لَمْ يَضْمَنْ . وَلَوْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ . . ضَمِنَ ، وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَى ٱلْفَتْحِ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ طَارَ فِي ٱلْحَالِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ . . فَلاَ . . . .

و(الزق) بكسر الزاي : السقاء ، جمعه في القلة أزقاق ، وفي الكثرة زقاق بكسر الزاي وضمها .

قال : (**وإن سقط بعارض ريح . . لم يضمن**) وكذا عارض الزلزلة ووقوع طير ؛ لأن الهلاك لم يحصل بفعله .

قال ابن الصباغ : وكذا لو لم يعلم كيف سقط ، أما إذا طلعت الشمس على الجامد فأذابته . . ضمنه في الأصح .

والفرق بينه وبين عروض الريح : أن طلوع الشمس محقق فلذلك قد يقصده الفاتح بخلاف الريح .

ويجري الوجهان فيما إذا أزال أوراق العنب وجرد عناقيده للشمس فأفسدتها ، وفيما لو ذبح شاة فهلكت سخلتها أو حمامة فهلك فرخها .

وقيل : إن كان المالك حاضراً وأمكنه التدارك فلم يفعل . . لم يضمن .

ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل . . ضمنها ، أو بحادث كهبوب ريح أو غيره . . فلا .

واحترز بـ(العارض) عن المقارن فإنه من ضمان الفاتح حينئذ وهو متجه[1] .

قال : (**ولو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار . . ضمن**) ؛ لأنه ألجأه إلىٰ ذلك ، وادعى الماوردي فيه الإجماع .

قال : (**وإن اقتصر على الفتح . . فالأظهر : أنه إن طار في الحال . . ضمن ، وإن وقف ثم طار . . فلا**)[2] ، لأن طيرانه في الحال دليل علىٰ أن تنفيره وطيرانه بعد الوقوف أمارة ظاهرة علىٰ أنه طار باختياره .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (مثل مسألة الطير ما لو أسند خشبة إلىٰ جدار غيره ، فيأتي فيها التفصيل) .

. . . .

والثاني : يضمن مطلقاً ؛ لأن الفاتح متسبب في إعدامه .

والثالث : لا يضمن مطلقاً ؛ لأن للطائر قصداً واختياراً .

وقيل : إن اضطرب وطار في الحال . . ضمن ، وإن طار من غير اضطراب . . فلا .

ولو كان الطائر في أقصى القفص فأخذ يدب قليلاً قليلاً ثم طار . . فحكمه حكم ما لو طار عقبه .

و(الطائر) مفرد والجمع طير .

والمصنف اعترض في « نكت التنبيه » على الشيخ في قوله : (ولو فتح قفصاً عن طائر) بأن قال : الأولىٰ أن يقول : (عن طير) وعلله بأنه غير طائر في القفص ، وهو قد عبر بما أنكره عليه .

فروع :

كسر الطائر في خروجه قارورة ، أو انكسر القفص بخروجه ، أو وثبت هرة عند الفتح فدخلت وأكلت الطائر . . لزمه الضمان ، كذا قاله الشيخان ، ولعل هـٰذا إذا كانت حاضرة حال فتحه وعلم بها ، وإلا . . فهو كعروض مطر وهبوب ريح بعد الفتح[١] .

ولو حل رباط دابة أو فتح إصطبلها فخرجت وضاعت . . فهو كفتح القفص .

ولو حل قيد العبد فهرب ، فإن كان مجنوناً . . فكالبهيمة ، وإن كان عاقلاً . . لم يضمن ، وقيل : إن كان آبقاً ضمن .

ولو أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائر في يده فأرسله وطار . . فهو كفتح القفص عنه إن نفره أو أمر الطفل بتنفيره . . ضمنه ، وإلا . . فوجهان[٢] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (القياس : عدم الضمان) .

وَٱلأَيْدِي ٱلْمُتَرَتِّبَةُ عَلَىٰ يَدِ ٱلْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا ٱلْغَصْبَ . ثُمَّ إِنْ عَلِمَ . . فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ ، فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ ، . . . . . .

ولو وقع طائر علىٰ جداره فنفره ، أو فتح باب الحرز فسرق غيره ، أو دل غاصباً أو سارقاً ففعل ، أو بنىٰ داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع . . لم يضمن .

قال : (**والأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب أيدي ضمان**) حتىٰ يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف وبين أن يطالب من ترتبت يده علىٰ يده ؛ لثبوت يد كل منهم علىٰ مال الغير من غير استحقاق .

قال : (**وإن جهل صاحبها الغصب**) ؛ لأن الجهل يسقط الإثم لا الضمان ، والمراد بـ(الأيدي المترتبة) ما قصد بها واضعها الاستيلاء ، وإلا . . فمن رفع كتاب شخص عن الأرض لينظر فيه ويعيده . . ليس بغاصب كما قاله القاضي حسين[1] .

وكذلك لو غصب شاة ودفعها لقصاب جاهل بالحال فذبحها . . لا ضمان على القصاب ، وكذا لو دفع الحنطة لطحان جاهل . . لا ضمان على الطحان .

والمراد أيضاً باليد : ما كانت مبنية علىٰ يد الغاصب خالفة لها كأنها نائبة عنها ، فيخرج من ذلك الغاصب من الغاصب فإن ضمانه مستقل ، فللمالك عند التلف أن يضمن من شاء منهما .

نعم ؛ تستثنىٰ أيدي الحكام وأمنائهم فلا ضمان عليهم ؛ لوضعها علىٰ وجه الحظ والمصلحة ، وكذلك من انتزع المغصوب ليرده لمالكه إذا كان الغاصب حربياً أو عبداً للمغصوب منه ، وكذا غيرهما في وجه .

قال : (**ثم إن علم . . فكغاصب من غاصب ، فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده**) ؛ لوجود حد الغصب ، ويطالب بكل ما يطالب به الغاصب ولا يرجع على الأول إن غرم ، ويرجع عليه الأول إن غرم ، أما إذا كانت القيمة في يد الأول أكثر . . فالمطالب بالزيادة الأول خاصة .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو رأي مرجوح ، والأصح : أنه غاصب فيضمنه ؛ لأن يده عليه حقيقة ، فلا يحتاج في إثبات حكمها إلىٰ قرينة ، ويده على العقار حكمية ، فلا بد في تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء) .

وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَٱلْعَارِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ . . فَٱلْقَرَارُ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَمَتَىٰ أَتْلَفَ ٱلآخِذُ مِنَ ٱلْغَاصِبِ مُسْتَقِلاً بِهِ . . فَٱلْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً . وَإِنْ حَمَلَهُ ٱلْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَاماً مَغْصُوباً ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ . . فَكَذَا فِي ٱلأَظْهَرِ . وَعَلَىٰ هَـٰذَا : لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ . . بَرِىءَ ٱلْغَاصِبُ .

قال : (**وكذا إن جهل**) أي : الثاني الغصب (**وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية**) وكذلك البيع والسوم والقرض ونحوها ؛ لأنه دخل في العقد على الضمان ، فلم يكن الغاصب غاراً له في ذلك .

قال : (**وإن كانت يد أمانة كوديعة . . فالقرار على الغاصب**) ؛ لأنه دخل علىٰ أن يده نائبة عن يد الغاصب ، فإن غرم الغاصب . . لم يرجع عليه بلا خلاف ، وإن غرمه . . رجع على الغاصب .

وفي وجه : أن القرار عليه ، وفي الموهوب له قولان : أصحهما : أن القرار عليه ؛ لأنه أخذه للتملك .

والثاني : على الغاصب ؛ لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان .

قال : (**ومتىٰ أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به**) أي : بالإتلاف وهو من أهل الضمان (. . **فالقرار عليه مطلقاً**) سواء كانت يد ضمان أو أمانة ؛ لأن الإتلاف أقوىٰ من إثبات اليد العادية .

قال : (**وإن حمله الغاصب عليه بأن قدم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله . . فكذا في الأظهر**) ؛ لأنه المباشر للإتلاف ، وإليه عادت منفعته .

والثاني : القرار على الغاصب ؛ لأنه غره ، وهـٰذان القولان هما قولا المباشرة والغرور ومحلهما عند جهل الأكل وإلا . . فعليه قطعاً .

أما إذا أمر الغاصب رجلاً بإتلاف المغصوب بقتل أو إحراق ففعله جاهلاً بالغصب . . فالمذهب القطع بأن القرار على المتلف ؛ لأن الفعل حرام ، وقيل : علىٰ قولين .

قال : (**وعلىٰ هـٰذا**) يعني على الأظهر في أكل الضيف (**لو قدمه لمالكه فأكله . . بريء الغاصب**) أي : على القول بأن القرار على الآكل يبرأ الغاصب إذا أكله

فَصْلٌ :

تُضْمَنُ نَفْسُ ٱلرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ ، . . . .

المالك ، وعلى الثاني : لا يبرأ .

ولو لم يطعمه الغاصب ولكن أكله المالك ظاناً أنه طعام الغاصب . . برىء وجهاً واحداً .

ولو صال العبد المغصوب على مالكه فقتله بالدفع . . لم يبرأ الغاصب ، سواء علم أنه عبده أم لا ؛ لأن الإتلاف بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره . . لم يضمنه كما تقدم ، وقيل : يبرأ عند العلم ، وهو ضعيف .

تتمة :

إذا قال الغاصب للمالك : أعتق هذا العبد ، فأعتقه جاهلاً . . نفذ وبرىء الغاصب على الأصح ، وبه قطع المتولي[1] .

ولو زوج الغاصب الجارية المغصوبة من مالكها فتزوجها جاهلاً بالحال فتلفت عنده . . لم يبرأ ، كما لو أودعها عنده فتلفت ، ولو استولدها . . نفذ الاستيلاد قطعاً وبرىء الغاصب[2] .

قال : (**فصل :**

تضمن نفس الرقيق بقيمته) كما تضمن نفس الحر بالدية وإن زادت على دية حر .

وقال أبو حنيفة : إذا زادت قيمته على الدية لا يضمن الزائد .

وقال أحمد : الواجب فيه المثل الصوري .

قال : (**تلف أو أتلف تحت يد عادية**) بتخفيف الياء بمعنى متعدية ، وهذا الحكم لا يختلف الأصحاب فيه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شركاً له في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة على نسخة المؤلف) .

وَأَبْعَاضُهُ ٱلَّتِي لاَ يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ ٱلْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ ، وَكَذَا ٱلْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ ، وَإِنْ أُتْلِفَتْ . . فَكَذَا فِي ٱلْقَدِيمِ ، وَعَلَى ٱلْجَدِيدِ : تَتَقَدَّرُ مِنَ ٱلرَّقِيقِ . وَٱلْقِيمَةُ فِيهِ كَٱلدِّيَةِ فِي ٱلْحُرِّ ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ . . . .

عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد . . قوم عليه »[١] .

وجه الاستدلال : أنه لو كان يضمن بالمثل . . لضمن مثل الحصة ، ولو عبر بـ(يد ضامنة) . . لشمل المستعير والمستام وغيرهما ، لكن الباب لما كان معقوداً للتعدي عبر بالعادية ، وقدم الكلام في ضمان الآدمي لشرفه ، وخصه بالرقيق ؛ لأن ضمان الحر يأتي في (باب الجنايات) .

قال : (**وأبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحر بما نقص من قيمته**) سواء تلف تحت يد ضامنة أم أتلف بغير حق وذلك كنحول الجسد وذهاب البكارة وجرح الفخذ ونحوها ، ولا خلاف فيه ، فلو لم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص . . لم يلزم به شيء .

قال : (**وكذا المقدرة إن تلفت**) وذلك كاليد والرجل والعين ونحوها إن تلفت بآفة سماوية ؛ لأن التقدير إنما ورد في الجناية ، فخص بموردها ؛ لأنه خلاف الأصل ، وقيل : يجب أكثر الأمرين ، وقيل : نصف القيمة كالجناية .

قال : (**وإن أتلفت**) أي : بجناية مضمونة (. . **فكذا في القديم**) أي : يجب نصف ما نقص من القيمة أيضاً كسائر الأموال .

قال : (**وعلى الجديد : تتقدر من الرقيق . والقيمة فيه كالدية في الحر ، ففي يده**) أي : المحترمة المضمونة (**نصف قيمته**) سواء زادت على الأرش أو نقصت ؛ لأنه أخذ شبهاً من البهيمة من حيث إنه يضمن بوضع اليد ، ومن الحر من حيث إنه يضمن بالقصاص وتجب به الكفارة وتقام عليه الحدود .

وإذا دار فرع بين أصلين . . أجري عليه حكم أكثرهما شبهاً به ، وهو الحر فيما نحن فيه .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٢٢) ، ومسلم (١٥٠١) .

وَسَائِرُ ٱلْحَيَوَانِ بِٱلْقِيمَةِ ، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمِثْلِيَّ : مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ ٱلسَّلَمُ فِيهِ ، . . . .

قال الشافعي رضي الله عنه : وبقول سعيد بن المسيب أقول : جراح العبد من ثمنه كجراح الحر من ديته في كل قليل وكثير .

كل هـٰذا إذا لم ينقص نصف القيمة عن أرش ما نقص من القيمة ، فإن نقص. . وجب أرش النقص .

وحاصله يجب فيما أتلف بالجناية من الأبعاض أكثر الأمرين من أرش النقص والمقدر ، وستأتي المسألة قبيل (باب موجبات الدية) إن شاء الله تعالى .

والمكاتب والمدبر وأم الولد في ذلك كالقن .

واحترز بالمضمونة عما لو وجب قطعها في الحرابة فإنها مهدرة ، وكذا يد المرتد .

قال : (**وسائر الحيوان**) أي : باقيه يضمن (**بالقيمة**) وهـٰذا لا خلاف فيه عندنا ، فتضمن أعضاؤه بما نقص من قيمته .

وأوجب أبو حنيفة في عين الدابة ربع قيمتها ؛ لأن عمر رضي الله عنه قضىٰ بذلك(١) ، وهـٰذا إن صح يحمل علىٰ أن الربع كان قدر النقص .

وأوجب مالك في قطع ذنب حمار ذي الهيئة وذنب بغلته تمام القيمة ، ويأخذ المتلف العين ؛ لأنها لا تصلح له بعد ذلك .

قال الفوراني : الحيوان يخالف الجماد في حكم واحد وهو : أنه لا يضمن إلا بعد الاندمال ، والجماد يضمن في الحال وإن كان سارياً .

قال : (**وغيره**) أي : غير الحيوان من الأموال (**مثلي ومتقوم**) ؛ لأنه إن كان له مثل. . فهو المثلي ، وإلا . . فالمتقوم وهو بكسر الواو كما تقدم .

قال : (**والأصح : أن المثلي : ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه**) فخرج المعدود والمذروع ، وخرج بما جاز السلم فيه المعجونات والجواهر الكبار ومعروض النار وغيرها ، ويقابل الأصح أوجه :

---

(١) البيهقي (٦/٩٨) ، وسعيد بن منصور في « السنن » (٢/٦٨) ، وعبد الرزاق (١٧٧٤٨) ، وغيرهم .

أحدها : إسقاط ، وجاز فيه السلم ، ونقض بالمعجونات .

والثاني : يزاد علىٰ ما في الكتاب ، وجاز بيع بعضه ببعض ، ونقض بالفواكه الرطبة واللحم الطري .

والثالث : ما ينقسم بين الشريكين بلا تقويم ، ونقض بالأرض المتساوية الأجزاء فإنها تنقسم كذلك وليست مثلية .

والرابع : ما لا تختلف أجزاء النوع منه في القيمة وربما قيل : في الجرم والقيمة .

فرع :

في « فتاوى القفال » : أن بزر القز لا مثل له ولا يجوز السلم فيه[1] ؛ لأن أهل الصنعة لا يعرفون أن هـٰذا البزر يكون نسجه أبيض أو أحمر فهو كالسلم في الجواهر .

تنبيه :

يرد على ضابط المصنف القمح المختلط بالشعير ، فإنه لا يجوز السلم فيه كما ذكره صاحب « التنبيه » في (باب القرض) مع أن الواجب علىٰ متلفه إخراج القدر المحقق من الجنسين[2] .

قال : (كماء) أي : خالص غير مشوب ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وإنما مثل به لأنه قد يتوهم أنه غير مثلي ؛ لأنه في العادة لا يكال ولا يوزن ، وهل المَلِح[3] مثلي كالعذب؟ لا نص فيه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ويجاب بأن إيجاب رد مثله لا يستلزم كونه مثلياً ، كما في إيجاب ردّ مثل المتقوم في القرض ، وبأن امتناع السلم في جملته لا يوجب امتناعه في جزأيه الباقيين بحالهما ، ورد المثل إنما هو بالنظر إليهما ، والسلم فيهما جائز) .

(٣) في هامش (ك) : (أي : الماء) ورمز إلىٰ مثليته بالصحة .

وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ . . . .

قال شريح الروياني وغيره : إنما يكون الماء والجمد من المثليات إذا لم يخالطهما تراب(١) .

وفي « المطلب » في (باب الإجارة) : أن الماء الحار متقوم(٢) ؛ لدخول النار فيه ودرجات حموه لا تنضبط ، وهـٰذا يطرق غيره من المائعات إذا حميت بالنار .

قال : (**وتراب**) أي : خالص ، هـٰذا هو المعروف ، وفيه وجه بعيد لا وجه له ، وكذلك الرمل ، أما القمامات التي تجمع في الحمامات ونحوها . . ففي « المطلب » : أنه لا يتعلق بها ضمان عند التلف ؛ لأنها محتقرة(٣) .

قال : (**ونحاس**) وهو بضم النون وحكى ابن خالويه كسرها ، والحديد ونحوه كالنحاس ، وفي النحاس أيضاً وجه بعيد لا وجه له .

قال : (**وتبر**) وهو بكسر التاء : الذهب غير المضروب ، وبعضهم يطلقه على الفضة أيضاً ، وقال الكسائي : يطلق على النحاس والحديد .

قال : (**ومسك وكافور**) ؛ لأنهما ينضبطان بالصفة ، وفي هـٰذه أيضاً وجه بعيد .

قال : (**وقطن**) أي : بعد إخراج الحب ، أما قبله . . فيظهر القطع بأنه متقوم كما قاله في « المطلب »(٤) ، والغزل مثلي على المشهور .

قال الشيخ : ومن ذهب إلىٰ خلافه . . لم يبعد ؛ لأن أجزاءه مختلفة ، لـٰكنه يجوز السلم فيه ، فلذلك كان الأصح أنه مثلي ، وأما الصوف . . فقال الشافعي رضي الله عنه : يضمن بالمثل إن كان له مثل(٥) ، وهـٰذا توقف منه في أنه مثلي أم لا ، وحكىٰ في « البحر » قولين(٦) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (الأصح : أنه مثلي) .
(٣) في هامش (ك) : (لـٰكن يجب ردها إذا كانت باقية) ورمز لقول « المطلب » بالصحة .
(٤) في هامش (ك) : (الأوجه : أنه مثلي مطلقاً ، كما جزم به في « شرح الروض » [٢/٣٤٥] حيث قال : مثلي ولو بحبه ، خلافاً لابن الرفعة) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٦) في هامش (ك) : (أصحهما : أنه مثلي) .

وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ ، لاَ غَالِيَةٍ وَمعْجُونٍ . فَيُضْمَنُ ٱلْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ . . . .

قال : (**وعنب**) وكذلك الرطب ونحوهما من الفواكه مثلية على الأصح .

والثاني : لا ، تفريعاً على اعتبار بيع بعضها ببعض وهو ممتنع ، والمصحح هنا هو الأصح في « الروضة » ، وصحح في « شرح المهذب » في (زكاة المعشرات) : أن الرطب والعنب متقومان .

قال : (**ودقيق**) ؛ لأنه يضبط بصفات السلم ، وكذا النخالة كما أفتىٰ به ابن الصلاح[١] ، وهـٰذه تقدمت في (باب السلم) .

ولو اختلفا فقال المالك : المغصوب مثلي ، وقال الغاصب : لا مثل له . . رجع فيه إلى اجتهاد الحاكم .

قال : (**لا غالية ومعجون**) ؛ لأنهما متقومان لما فيهما من التركيب .

والحبوب الجافة السليمة والتمر غير المكنوز والزبيب والأدهان والألبان والخلول الخالصة مثلية قطعاً ، وكذلك الدراهم والدنانير الخالصة على الصواب ، والمغشوشة إن جوزنا التعامل بها . . فمثلية ، وإلا . . فلا[٢] .

قال البغوي : والآجر عندي مثلي[٣] ، وذكر الماوردي أن الزيتون متقوم[٤] ، ولعله علىٰ طريقة من يجعل الرطب و العنب كذلك ، وفي اللحم في « روضة شريح » و« البحر » أوجه : ثالثها : اليابس مثلي ، والرطب متقوم[٥] .

والأصح : جواز أخذ القيمة عن المثلي بالتراضي .

قال : (**فيضمن المثلي بمثله**) ؛ لأنه أقرب إلى التالف من القيمة ، ولأن المثل كالنص والقيمة كالاجتهاد ، ولا يصار إلى الاجتهاد إلا عند فقد النص .

هـٰذا إذا كان للمثلي حينئذ قيمة ، أما إذا أتلف الماء في المفازة واجتمعا علىٰ

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (أما على الأصح . . فالزيتون مثلي) .
(٥) في هامش (ك) : (الأصح : أن اللحم مثلي مطلقاً لا فرق فيه بين اليابس والرطب) .

شاطىء نهر ، أو أتلف الجمد في الصيف واجتمعا في الشتاء . . فإنه تلزمه القيمة هناك .

قال : (**تلف أو أتلف**) زاد في « المحرر » : (تحت يد عادية) فحذفه المصنف لدلالة ما تقدم عليه ، فورد عليه المستعير والمستام فإنهما يضمنان المثلي بالقيمة فكان الأحسن ذكره هنا وحذفه هناك ، وقد يجاب بأن كلامه في الغصب دون غيره .

فروع :

الأول : غصب حنطة فطحنها وتلف الدقيق عنده ، أو جعله خبزاً وأكله . . قال العراقيون : يضمن المثل ، والأشهر : ما قطع به البغوي أن المتقوم إن كان أكثر قيمة . . غرمها ، وإلا . . فالمثل[1] ، وعن القاضي حسين : يغرم أكثر القيم ، وليس للمالك مطالبته بالمثل .

فعلىٰ هـٰذا : إذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء فتلفت عنده ، ثم طالبه المالك في الرخص هل يغرم المثل أو القيمة؟ لم يصح إطلاق الجواب بواحد منهما بل الصواب أن يقال : إن تلفت وهي حنطة . . غرم المثل ، وإن صارت إلى حالة التقويم ثم تلفت . . فالقيمة[2] .

وكان القاضي قد لقن المسألة الرئيس أبا علي المنيعي ليغالط بها فقهاء مرو ، ويغلط من أطلق الجواب منهم .

والمنيعي هو : حسان بن سعيد بن حسان من ذرية خالد بن الوليد رضي الله عنه ، كان في أول أمره تاجراً ، ثم صار مشاراً إليه عند السلاطين ، أنفق جملة مستكثرة علىٰ بناء المساجد والربط وأنواع الخيرات منها : جامع مرو الذي كان إمام الحرمين خطيبه ، وكان كثير التواضع ، روى الحديث عن البغوي وغيره ، توفي في ذي القعدة سنة ثلاث وستين وأربع مئة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الصواب أن يقال : يضمن الأكثر كما في التي قبلها) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَٱلْقِيمَةُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُعْتَبَرَ أَقْصَىٰ قِيَمِهِ . . . .

الثاني : لو تغير المثلي إلىٰ مثلي آخر كالسمسم يصير شيرجاً ثم تلف عنده . . قال العراقيون والغزالي : يضمنه المالك بما شاء منهما ، وقال البغوي : إن كانت قيمة أحدهما أكثر . . غرم مثله ، وإلا . . فيتخير المالك[1] .

الثالث : إذا لزمه المثل . . لزمه تحصيله إن وجده بثمن المثل ، فإن لم يجده إلا بزيادة . . فوجهان : أصحهما عند البغوي والروياني : يلزمه المثل .

والأصح عند الغزالي والشاشي والمصنف : لا يلزمه تحصيله ؛ لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم كالرقبة وماء الطهارة[2] .

قال : (**فإن تعذر**) أي : في البلد وحواليه كما في انقطاع المسلم فيه ، كذا قاله الرافعي ونازعه فيه ابن الرفعة .

قال : (. . **فالقيمة**) أي : قيمة المثل[3] ؛ لأنه حينئذ يشبه ما لا مثل له ، وقيل : قيمة المغصوب .

فلو وجد المثل بعد أخذ القيمة . . فليس لأحدهما ردها وطلبه في الأصح .

وإذا وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فهل يلزمه تحصيله؟ وجهان : رجح كلاً مرجحون ، ففي « التنبيه » : العدول إلى القيمة ، وصححه المصنف كرقبة الكفارة وماء الطهارة[4] ، وممن رجح تكليفه المثل : البغوي والجرجاني والروياني في غير « البحر » ، وابن أبي عصرون ، وهو المختار قياساً على العين ؛ فإنه يجب ردها وإن غرم فيه أضعاف قيمتها ، وفرق الأولون بأنه تعدىٰ في العين دون المثل[5] .

قال : (**والأصح : أن المعتبر أقصىٰ قيمه**) هو بفتح الياء وكسر الميم جمع قيمة بسكون الياء .

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (هـٰذه المسألة مكررة ، قدمها الشارح قريباً جداً) .

مِنْ يَوْمِ ٱلْغَصْبِ إِلَىٰ تَعَذُّرِ ٱلْمِثْلِ وَلَوْ نَقَلَ ٱلْمَغْصُوبَ ٱلْمِثْلِيَّ إِلَىٰ بَلَدٍ آخَرَ . . فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ ، . . . .

قال : (**من يوم الغصب إلىٰ تعذر المثل**) ؛ لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب لأنه كان مأموراً برده كما كان مأموراً برد المغصوب ، فإذا لم يفعل . . غرم أقصىٰ قيمة المدتين ، كما أن المتقومات تضمن بالأقصىٰ لهـٰذا المعنىٰ .

ويقابل الأصح عشرة أوجه : قيمة يوم التلف ، قيمة يوم فقد المثل ، قيمة يوم الطلب ، وبه قال أبو حنيفة ، فإن الإعواز حينئذ يتحقق ، ونسبه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إلى الأكثرين ، وقيل : قيمة يوم الأداء ، وقيل : الأكثر من الغصب إلى الأداء ، وقيل : الأكثر من الغصب إلى التلف ، وقيل : الأكثر من التلف إلىٰ فقد المثل ، وقيل : الأكثر من التلف إلى الطلب ، وقيل : الأكثر من فقد المثل إلى الطلب ، وقيل : إن انقطع من الدنيا . . فيوم فقد المثل ، أو من بلده . . فيوم الحكم .

وعبر بعضهم فيما تقدم عن الطلب بالحكم وصوبه الشيخ .

أما إذا كان المثلي مفقوداً عند التلف . . فأوجه ثمانية وهي : الأقصىٰ من الغصب إلى التلف[1] وهو قياس الأصح ، الأقصىٰ من الغصب إلى الأداء ، قيمة يوم الطلب ، قيمة يوم الأداء المفصل ، فتحرر أن الوجوب يتعلق بالعين ما دامت باقية وبنوعها وهو أعم منها إذا تلفت وبماليتها وهي القيمة إذا تعذر المثل .

ولو قال المستحق : لا آخذ القيمة وأنتظر وجود المثل . . قال في « البيان » : له ذلك[2] .

قال في « الروضة » : ويحتمل أن يأتي فيه الخلاف في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه هل يجبر ويمكن الفرق؟ ولو لم يأخذها حتىٰ وجد المثل . . تعين قطعاً .

قال : (**ولو نقل المغصوب المثلي إلىٰ بلد آخر**) أي : يعلمه المالك (. . **فللمالك أن يكلفه رده**) كما كان وهـٰذا لا خلاف فيه عندنا إذا علم مكانه ؛ لعموم قوله

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِٱلْقِيمَةِ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِذَا رَدَّهُ . . رَدَّهَا . . . .

صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » .

وأفهم قوله : (إلىٰ آخر) أنه إذا نقله إلىٰ دار أخرىٰ بالبلد أنه لا يرهق إلى القيمة للحيلولة إذا أمكن إحضاره في الحال ، فإن تعذر أو تأخر . . أرهقه إليها ، وإلا . . فالقيمة فقط ، وقد سبق ذلك عند قوله : (وعلى الغاصب الرد) فإن هـٰذه بعض تلك الأحوال ؛ لأن تلك أعم من المثلي والمتقوم ، وقد تقدم هناك وجه في المحتاج إلىٰ مؤنة كثيرة ، أما إذا جهل موضعه . . فلا يؤمر بالرد ؛ لامتناعه .

قال : (**وأن يطالبه بالقيمة في الحال**) وإن كان مثلياً ؛ لأنه أحال بينه وبين ملكه ، فأوجبنا القيمة لتسد مسد العين فيطالب بالقيمة للحيلولة ، وإن كان قد كلف ردها . . فهما حقان واجبان في الحال عند العلم بموضع المغصوب .

ومعنى الحيلولة : أن المأخوذ بقيمة العين بسبب الحيلولة .

والصحيح المشهور : أن المغصوب منه يملكها ، وإلا . . لما سدت مسد العين ، وهي ملك قرض خلافاً للقفال ، قالوا : وهي أقصى القيم من الغصب إلى الطلب ، ولو بذلها الغاصب . . لم يلزم المالك قبولها ؛ لأنها ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتىٰ يجبر علىٰ قبوله أو الإبراء منه ، بل لو أبرأه المالك عنها لم ينفذ .

ثم ضمان الحيلولة ثابت في كل مغصوب تعذر رده ، وينبغي إذا زادت القيمة بعد ذلك أن يطالب بالزائد ، وينبغي وجوب المثل في المثلي ، وكلامهم كالصريح في القيمة مطلقاً[1] ؛ لأن ذلك إنما يكون في الضمان الذي يقطع العلقة ، وضمان الحيلولة إنما هو ليسد مسده في مدة الحيلولة .

قال : (**فإذا رده . . ردها**) أي : وجوباً ؛ لأنه إنما أخذها للحيلولة وقد زالت ، هـٰذا إذا كان علىٰ مسافة بعيدة لا يمكن رده إلا بزمن طويل ، فإن كان المغصوب منه علىٰ مسافة قريبة . . لم يطالب بالقيمة ، بل برد المغصوب .

قال في « المهذب » : ويسترجعه بزوائده المتصلة ، وفيه نظر من حيث إن البدل

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

القيمة وهي الدراهم والدنانير ولا زيادة لها ، فيجوز أن يريد إذا اعتاض عن القيمة شاة مثلاً فيردها مع زوائدها[1] .

قال الشيخ : ورأيت في حاشية تمثيله ببلد يتعاملون فيه بالحيوان ، وتردد الجويني في جواز إبدال النقد بغيره ، والأقوىٰ في « الروضة » : المنع[2] .

فروع :

إذا اتفقا علىٰ ترك التراد . . فلا بد من بيع بشروطه ، فلو ظهر على المالك دين مستغرق . . فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها ؛ لأن هٰذا عين ماله ، وهٰذا أولىٰ من المفلس ؛ لأن هناك يحتاج إلى اختيار ، وهنا بمجرد عود المغصوب يستقر الملك في القيمة .

والأشهر في « الرافعي » : أنه ليس للغاصب حبس المغصوب ليسترد القيمة وإن كانت الدراهم المبذولة للحيلولة بعينها باقية في يد المالك[3] .

وتردد الشيخ أبو محمد في أنه هل يجوز له إمساكها وغرامة مثلها؟ قال المصنف والشيخ : الأقوىٰ : أنه لا يجوز[4] ، كما أن للمقرض استرداد عينه وهٰذا أولىٰ .

وزوائد المغصوب قبل دفع القيمة مضمونة على الغاصب قطعاً ، وبعد دفعها وجهان : أصحهما : أنها مضمونة أيضاً .

وإذا غصب أم ولد فأبقت من يده . . غرم قيمتها للحيلولة ، فإذا مات السيد عتقت واسترد الغاصب ما أخذ منه أو بدله[5] .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (ويلحق بما قاله ما لو أخرجه عن ملكه بغير عتق كوقف) .

فَإِنْ تَلِفَ فِي ٱلْبَلَدِ ٱلْمَنْقُولِ إِلَيْهِ . . طَالَبَهُ بِٱلْمِثْلِ فِي أَيِّ ٱلْبَلَدَيْنِ شَاءَ ، فَإِنْ فَقَدَ ٱلْمِثْلَ . . غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ ٱلْبَلَدَيْنِ قِيمَةً . وَلَوْ ظَفِرَ بِٱلْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ ٱلتَّلَفِ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ لاَ مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَٱلنَّقْدِ . . فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِٱلْمِثْلِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ مُطَالَبَةَ بِٱلْمِثْلِ ، بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ ٱلتَّلَفِ . . . .

قال : (**فإن تلف في البلد المنقول إليه . . طالبه بالمثل في أي البلدين شاء**) كالعين ، وكذا في أي موضع شاء من المواضع التي وصل إليها في طريقه بين البلدين ، بل لو أعاده الغاصب إلىٰ بلده فتلف فيه . . فالتخيير بحاله .

قال : (**فإن فقد المثل . . غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة**) ؛ لأنه كان تجوز له المطالبة بالمثل فيهما .

فعلىٰ هـٰذا : إذا غرمه قيمة البلد المنقول إليه فاختلفت القيمة بالنسبة إلىٰ يوم الغصب ويوم التلف ويوم المطالبة . . فتجري الأوجه العشرة المتقدمة .

قال : (**ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف**) أي : والمغصوب مثلي والمثل موجود ، وكذا إن ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب .

قال : (. . **فالصحيح : أنه إن كان لا مؤنة لنقله كالنقد**) أي : اليسير (. . **فله مطالبته بالمثل ، وإلا . . فلا مطالبة بالمثل**) ؛ لما فيه من الضرر ، بل يغرمه قيمة بلد التلف قطعاً للنزاع ، وهـٰذا قول الأكثرين ويقابله وجهان :

أحدهما : له طلب المثل مطلقاً .

والثاني : إن لم تزد قيمة ذلك البلد علىٰ بلد التلف . . طالبه بالمثل ، وإلا . . فبالقيمة ، صرح به جماعة ونقل عن النص ، قال الشيخ : وهو أولىٰ لـٰكن قال الإمام : إن الأئمة لم يفصلوا .

قال الشيخ : وحمل إطلاق الأئمة على التفصيل متعين .

قال : (**بل يغرمه قيمة بلد التلف**) ؛ لأنه قد تعذر على المالك الرجوع إلى المثل قياساً على الانقطاع ، وهـٰذا إذا لم ينتقل المغصوب عن موضعه ، وإلا . . فقيمة أكثر البقاع كما تقدم .

وَأَمَّا ٱلْمُتَقَوَّمُ . . فَيُضْمَنُ بِأَقْصَىٰ قِيمَةٍ مِنْ يَوْمِ ٱلْغَصْبِ إِلَى ٱلتَّلَفِ ، وَفِي ٱلإِتْلاَفِ بِلاَ غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ ، فَإِنْ جَنَىٰ وَتَلِفَ بِسَرَايَةٍ . . فَٱلْوَاجِبُ : ٱلأَقْصَىٰ أَيْضاً . وَلاَ تُضْمَنُ ٱلْخَمْرُ . . . .

قال : (**وأما المتقوم . . فيضمن بأقصىٰ قيمة من يوم الغصب إلى التلف**) ؛ لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالزيادة ، فلما لم يرد في تلك الحالة . . ضمن بدله .

فإن كانت الزيادة في العبد أو الأمة بسبب الغناء وفي الكبش بسبب النطاح والديك بالهراش . . فالنص : أنه لا يضمن ما زاد بسبب ذلك .

أما القبالة . . فتجب فيها قيمة الكاغد وأجرة الكاتب كما سيأتي في آخر (الوديعة) إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**وفي الإتلاف بلا غصب بقيمة يوم التلف**) ؛ لأن ضمان الزائد في المغصوب إنما كان لتعديه وهنا لا عدوان .

قال : (**فإن جنىٰ وتلف بسراية . . فالواجب : الأقصىٰ أيضاً**) ؛ لأنا إذا اعتبرنا الأقصىٰ في اليد العادية . . فلأن نعتبره في نفس الإتلاف أولىٰ .

مثاله : جنىٰ علىٰ بهيمة وقيمتها مئة ، وهلكت وقيمة مثلها خمسون : تلزمه مئة ، فلو لم يهلك المغصوب لـٰكن أبق العبد أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب . . فللمالك أن يضمنه القيمة في الحال للحيلولة ، والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة .

قال : (**ولا تضمن الخمر**) سواء كانت لمسلم أم ذمي ، وسواء أراقها حيث تجوز إراقتها أم لا ؛ لأنها محرمة ولا قيمة لمحرم ، لأن الله تعالىٰ إذا حرم علىٰ قوم أكل شيء . . حرم عليهم ثمنه . رواه أبو داوود [٣٤٨٢] .

والخنزير كالخمر ، وكذا حكم كل نبيذ مسكر وكل نجس العين ؛ لعدم المالية ، وأوجب أبو حنيفة ضمان خمور أهل الذمة ، وفي الخمرة المحترمة وجه : أنها طاهرة فعلىٰ هـٰذا : تضمن .

وقال في « الدقائق » : إن الحشيشة مسكرة ، فعلىٰ هـٰذا : يتجه إلحاقها

وَلاَ تُرَاقُ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ إِلاَّ أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا ، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتِ ٱلْعَيْنُ ، وَكَذَا ٱلْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ . . . .

بالخمر[١] ، وفي ضمان المتنجس من الزيت والماء وجهان[٢] .

قال : (**ولا تراق علىٰ ذمي**) ؛ لأنا أقررناهم على الانتفاع بها ، ومن تعرض لذلك أو اعترض عليهم فيها . . زجر ، فإن عاد . . أدب وإن كان إذا أتلفها لا يضمنها .

قال : (**إلا أن يظهر شربها أو بيعها**) ولو من مثله فحينئذ تراق ؛ لأنه تعدىٰ بذلك ، وكذا حكم إظهار هبتها وعرضها للبيع ونحو ذلك ، فكان الصواب التعبير بـ(الإظهار) كقوله في (الجزية) : (ويمنعون من إظهار خمر وخنزير) .

وضابط الإظهار : أن يكون بحيث يطلعون عليهم من غير تجسس ، وهل المعاهد والمستأمن في ذلك كالحربي؟ فيه نظر[٣] .

قال : (**وترد عليه إن بقيت العين**) ؛ لما سبق من تقريرهم عليها ، وفي وجه حكاه الإمام عن المحققين : تجب التخلية فقط ، وهو قوي .

وعلى الأصح : على الغاصب مؤنة الرد كما صرح به في « المحرر » .

وأشار بقوله : (إن بقيت العين) إلىٰ أنها إن تلفت . . لم تضمن .

قال : (**وكذا المحترمة إذا غصبت من مسلم**) ؛ لأن له إمساكها لتصير خلاً ، وفسر الرافعي هنا المحترمة بالتي عصرت من غير قصد الخمرية[٤] ، وفسرها في (الرهن) بالتي عصرت بقصد الخلية وبين العبارتين فرق .

وفي « الكفاية » عن العراقيين : تراق محترمة كانت أو غيرها ، ولا يحسن قول المصنف في « التصحيح » : الصواب وجوب رد المحترمة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قلت : أوجههما : عدم الضمان ؛ للأمر بإراقة السمن المائع الذي تنجس بالفأرة) .

(٣) في هامش (ك) : (الأوجه : أنهما كالذمي) .

(٤) في هامش (ك) : (وهـٰذا هو الأصح) .

وَٱلأَصْنَامُ وَآلاَتُ ٱلْمَلاَهِي لاَ يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا لاَ تُكْسَرُ ٱلْكَسْرَ ٱلْفَاحِشَ ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ ٱلتَّأْلِيفِ ، . . . .

أما غير المحترمة . . فتراق على المسلم ، وفي وجه غريب : ترد عليه ليطفىء بها ناراً أو يبل بها طيناً ونحوه .

وحيث جازت الإراقة لا يجوز كسر الأواني إلا أن لا يقدر عليها إلا به كالرمي بالحجارة ، وكذا لو كانت في قوارير ضيقة الرؤوس ولو اشتغل بإراقتها أدركه الفساق ومنعوه ، فلو لم يخف ذلك لـٰكن كان يضيع فيه زمانه ويبطل شغله . . فله كسرها ، قاله في « الإحياء » .

وللإمام كسر الظروف التي تجعل فيها الخمر زجراً وتأديباً دون الآحاد .

قال : (**والأصنام وآلات الملاهي لا يجب في إبطالها شيء**) ؛ لأنها محرمة الاستعمال ، وصنعتها محرمة والمحرم لا بدل له .

روى الشيخان [خ ٢٢٢٢ـ م ١٥٥/٢٤٣] عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لينزلن عيسىٰ بن مريم حكماً عدلاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير » .

وكذلك حكم أواني الذهب والفضة والصلبان ، سواء كسرها مسلم أو ذمي ، ومتىٰ أظهر الذمي الصليب ونحوه . . كسرناه .

والصحيح : أنه لا فرق في ذلك بين أن يشترط عليهم في عقد الذمة أم لا .

روى البيهقي [٦/١٠١] عن أبي حصين رضي الله عنه : أن رجلاً كسر طنبوراً[١] لرجل فرفعه إلىٰ شريح . . فلم يضمنه .

قال : (**والأصح : أنها لا تكسر الكسر الفاحش ، بل تفصل لتعود كما قبل التأليف**) وضابطه أن يزول الاسم ويعسر العود حتىٰ إذا أراد اتخاذ آلة محرمة من مفصلها . . لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الاتخاذ .

والثاني : أنها ترض حتىٰ تنتهي إلىٰ حد لا يمكن أن تتخذ آلة محرمة ولا غيرها .

---

(١) الطنبور : من آلات الملاهي ، وهو فُنْعُول بضم الفاء فارسي معرب .

فَإِنْ عَجَزَ ٱلْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَـٰذَا ٱلْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ ٱلْمُنْكَرِ . . أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ .

والثالث : تفصل بحيث لا يصلح معه الاستعمال المحرم ، حتىٰ إذا رفع وجه البربط [1] وبقي علىٰ صورة قصعة . . كفىٰ ، ولم يكتف أحد من الأصحاب بقلع الأوتار مع ترك الآلات ، لأنها منفصلة عن الآلة في حكم المجاورة لها .

نعم ؛ لو وجد الآلة بدون وتر . . ففي إزالة تلك الصورة احتمال لابن الرفعة[2] .

وقال في « البسيط » أجمعوا علىٰ أنه لا يجوز إحراقها ؛ لأن رضاضها متمول ، ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع فيه . . لا شيء عليه ، ومن جاوزه فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة على الحد المشروع فيه وبين قيمتها على الحد الذي أتىٰ به .

قال : (**فإن عجز المنكر عن رعاية هـٰذا الحد بمنع صاحب المنكر . . أبطله كيف تيسر**) ؛ للحاجة إلىٰ ذلك ، ولأن صاحبه مفرط ، وكان شيخنا رحمه الله تعالىٰ يقول : في حفظي أن الكافر ليس له ذلك[3] .

فرع :

المرأة والعبد والفاسق والصبي المميز يشتركون في جواز الإقدام علىٰ إزالة سائر المنكرات ، ويثاب الصبي عليه كما يثاب البالغ ، ولـٰكن إنما تجب إزالته على المكلف ، وليس لأحد منع الصبي من إنكار المنكر فإنه وإن لم يكن مكلفاً . . فهو من أهل القرب وليس من أهل الولايات .

فرع :

أتلف ديكاً هراشاً أو كبشاً نطاحاً وجبت قيمته غير هارش وناطح ؛ لأن الزيادة

---

(١) في هامش (ك) : (البربط : آلة تشبه العود) .

(٢) في هامش (ك) : (الظاهر منه : عدم التعرض لها) .

(٣) في هامش (ك) : (هو كما قال ، فقد قال الغزالي في « الإحياء » [٢/٣١٢] : ومن شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : أن يكون المنكر مسلماً) .

وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ ٱلدَّارِ وَٱلْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِٱلتَّفْوِيتِ وَٱلْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ ، وَلاَ تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ ٱلْبُضْعِ إِلاَّ بِٱلتَّفْوِيتِ ، . . . .

بسبب الوصف المحرم ، كذا أفتىٰ به القاضي حسين(١) ، وكذلك لا يضمن ما زاد بسبب الغناء في العبد والأمة على النص(٢) خلافاً للروياني وسيأتي آخر الفصل .

قال : (**وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما بالتفويت والفوات في يد عادية**) أو مترتبة عليها ؛ لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان ، فالتفويت : الاستعمال ، والفوات : أن تضيع المنفعة من غير انتفاع كإغلاق الدار ، فلو كان للعبد صناعات . . ضمن أعلاها لا كلها .

ولو كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة . . فالصحيح : أنه يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه .

والثاني : كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل ، فإن كانت أكثر . . ضمنها بالأكثر في جميع المدة .

والثالث : بالأكثر في جميع المدة ، وهو ضعيف .

وأشار بقوله : (ونحوهما) إلىٰ كل عين يصح استئجارها ، فالمنفعة المحرمة التي لا يجوز عقد الإجارة عليها كالمعازف لا تضمن ، واحترز بذلك عما لا يصح كالخنزير والكلب إذا قلنا : لا يصح استئجاره ، فإنه لا أجرة له ، ولو اصطاد به شيئاً كان كما لو غصب شبكة أو قوساً فاصطاد بهما .

وقيل : للمالك كصيد العبد المغصوب .

قال : (**ولا تضمن منفعة البضع**) وهو الفرج (**إلا بالتفويت**) أي بالوطء فيضمنه بمهرالمثل ، ولا يضمن بالفوات تحت اليد حرة كانت أو أمة ؛ لأن اليد لا تثبت عليها ، ولهـٰذا يزوج السيد المغصوبة ولا يؤجرها كما لا يبيعها ؛ لأن يد الغاصب حائلة وإن كانت عنده ، ولأن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق ، وسائر المنافع

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا خلاف ما صححوه في « الشهادات » من أنه مكروه ، وقد يحمل ما هنا علىٰ غناء يخاف منه الفتنة) .

وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ ٱلْحُرِّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِذَا نَقَصَ ٱلْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ ٱسْتِعْمَالٍ . . وَجَبَ ٱلأَرْشُ مَعَ ٱلأُجْرَةِ ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ بَلِيَ ٱلثَّوْبُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

تستحق استحقاق ملك تام ؛ لأن المستأجر يؤجر ويعير بخلاف الزوج ، وأيضاً منفعة البضع إنما يقصد بها الألفة وهـٰذا المعنىٰ لا يضمن باليد ، ولأن المهر لا يزيد بطول المدة ويمكن استدراكه بالعقد والأموال بعكس ذلك[1] .

قال : (**وكذا منفعة بدن الحر في الأصح**) أي : لا تضمن بالفوات إذا حبسه وعطله ولم يستوف منفعته ؛ لأنه لا يدخل تحت اليد ، فمنافعه تفوت في يده .

والثاني : أنها تضمن بالفوات ؛ لأنها تتقوم بالعقد الفاسد فأشبهت منافع الأموال ، أما ضمانها بالتفويت . . فلا خلاف فيه .

فلو استولىٰ علىٰ حر كبير أو صغير مدة . . لم يضمن ثيابه في الأصح ، كذا صححه الرافعي في (كتاب السرقة)[2] .

قال : (**وإذا نقص المغصوب بغير استعمال**) كمرض ونحوه (. . **وجب الأرش مع الأجرة**) للنقص والفوات ، وتجب أجرته سليماً قبل حدوث النقصان .

قال : (**وكذا لو نقص به**) أي : بالاستعمال (**بأن بلي الثوب في الأصح**) كما لو حصل النقصان بسبب آخر .

والثاني : لا يجب إلا أكثر الأمرين من الأجرة والأرش ؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال ، بالأجرة فلا يجب له ضمان آخر ، والقائل بالأول يقول : الأجرة ليست في مقابلة الاستعمال ، بل في مقابلة الفوات .

فرعان :

أحدهما : ما ثبت فيه الانتفاع لعامة المسلمين كالشوارع وأراضي عرفات والأراضي الموقوفة على الموتىٰ إذا استولىٰ شخص عليها ومنع الناس منها ولم ينتفع

---

(١) في (ت) : (وهـٰذا المعنىٰ لا يتقوم ، بل يضمن باليد ؛ لأن المهر لا يزيد بطول المدة ، ويمكن استدراكه بالعقد والأجرة بعكس ذلك) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

ٱدَّعَىٰ تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ ٱلْمَالِكُ . . صُدِّقَ ٱلْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

بها ، أو نصب على الشارع باباً ومنع الناس . . لم يضمن منافعها ، فإن انتفع بها بوضع متاع أو نحوه . . لزمه أجرتها .

الثاني : غصب ثوباً ونجسه أو تنجس عنده لا يجوز له تطهيره ولا للمالك أن يكلفه ذلك ، فإن غسله فنقص . . ضمن النقص ، ولو رده نجساً فمؤنة التطهير على الغاصب ، وكذا أرش النقص اللازم منه ، وتنجس المائع الذي لا يمكن تطهيره إهلاك ؛ لأنه لا يمكن تطهيره ، فإن جوزنا تطهيره . . فهو كالثوب .

تتمة :

إذا انتفع بمسجد بأن اتخذه مسكناً أو مخزناً يضع فيه متاعه . . ضمن أجرة المثل ، قال المتولي : وتكون لمصالح المسلمين كما لو أتلف مال بيت المال ، وبه أفتىٰ قاضي القضاة ابن رزين ، والمعروف الذي أفتىٰ به الغزالي والمصنف بأنها تصرف في مصالح المسجد[1] .

وسئل الشيخ عمن هدم جدار مسجد غير مستحق الهدم ما يلزمه؟ فأجاب : تلزمه إعادته[2] ، ولا يأتي فيه ضمان الأرش كما قيل في الجدار المملوك والموقوف وقفاً غير تحرير ؛ لأنهما مالان والمسجد ليس بمال ، بل هو كالحر ، ولذلك لا تجب أجرته بالاستيلاء عليه حتىٰ يستوفي منفعته .

قال : (**فصل :**

ادعىٰ تلفه وأنكر المالك . . صدق الغاصب بيمينه في الأصح) ؛ لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البينة فيتخلد حبسه عليه ، ولأنه غارم .

والثاني : يصدق المالك ؛ لأن الأصل البقاء ، وحقه متعلق بالعين لا ببدلها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (المذهب : وجوب الأرش كما في غيره كالحر) .

فَإِذَا حَلَفَ . . غَرَّمَهُ ٱلْمَالِكُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوِ ٱلثِّيَابِ ٱلَّتِي عَلَى ٱلْعَبْدِ ٱلْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خَلْقِيٍّ . . صُدِّقَ ٱلْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ ، وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ . يُصَدَّقُ ٱلْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

هـٰذا عند إطلاق دعوى التلف ، فإن قيده بسبب ظاهر . . فلا يبعد أن يحبس حتىٰ يقيم بينة بالتلف لإمكانه[1] .

قال : (**فإذا حلف . . غرمه المالك في الأصح**) ؛ لأنه بيمين الغاصب عجز عن الوصول إلى العين .

والثاني : لا يغرم ؛ لأنه يزعم أن العين باقية وحقه متعلق بها لا ببدلها .

فرع :

قال الغاصب : رددته حياً ومات عندك ، وقال المالك : بل مات عندك ، وأقام كل منهما بينة . . تعارضتا وتساقطتا وضمنه الغاصب ؛ لأن الأصل بقاؤه عنده ، وقدم أبو يوسف بينة المالك ومحمد بن الحسن بينة الغاصب .

قال : (**ولو اختلفا في قيمته أو الثياب التي على العبد المغصوب أو في عيب خلقي . . صدق الغاصب بيمينه**) أما في الأولىٰ . . فلأن الأصل براءة ذمته ، وأما في الثانية ، فإذا قال الغاصب : الثياب التي على العبد لي ، وقال المالك : هي لي . . فالقول قول الغاصب قطعاً ؛ لأن يده على المغصوب وثيابه .

فلو كان المغصوب حراً صغيراً . . فالأصح : أن القول قول الولي ، ولا يمين عليه فينتظر بلوغ الصبي .

وأما التنازع في العيب الخلقي . . فصورتها : أن يقول الغاصب : ولد أكمه أو أعرج أو فاقد الأطراف . . فهو المصدق ، لأن الأصل العدم ، والمالك متمكن من إقامة بينة بما يدعيه ، وقيل : يصدق المالك ، وقيل : يفرق بين ما يندر وما لا يندر .

قال : (**وفي عيب حادث . . يصدق المالك بيمينه في الأصح**) ؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة .

---

(١) في هامش (ك) : (فيأتي فيه تفصيل الوديعة) ورمز له بالصحة .

وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ ٱلْقِيمَةِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ . وَلَوْ غَصَبَ ثَوْباً قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ ، فَصَارَتْ بِٱلرُّخْصِ دِرْهَماً ، ثُمَّ لَبِسَهُ فَأَبْلَاهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ . . لَزِمَهُ خَمْسَةٌ ، وَهِيَ قِسْطُ ٱلتَّالِفِ مِنْ أَقْصَى ٱلْقِيَمِ . قُلْتُ : وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ ٱلْآخَرَ وَقِيمَتُهُ . . . .

والثاني : الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، وهٰذا هو المنصوص ورجحه الجمهور .

وصورة المسألة : أن يكون المغصوب تالفاً ، فلو رده وبه عيب وقال : غصبته هٰكذا ، وقال المالك : بل حدث العيب عندك . . فالمصدق الغاصب ؛ لأن الأصل براءة الذمة عما زاد عن تلك الصفة ، ثم الخلاف في المسألة قولان فكان الصواب التعبير بالأظهر .

قال : (**ولو رده ناقص القيمة**) أي : بسبب الرخص (. . **لم يلزمه شيء**) ؛ لأن الفائت رغبات الناس فقط ، والمغصوب باق بحاله ، وقال أبو ثور : يلزمه نقص القيمة ، ووافقه بعض أصحابنا ، وادعى الإمام أنه منقاس .

قال : (**ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فصارت بالرخص درهماً ، ثم لبسه فأبلاه فصارت نصف درهم فرده . . لزمه خمسة ، [وهي قسط التالف من أقصى القيم]**[١]) ؛ لأن الناقص باللبس نصف الثوب ، والخمسة نصف أقصىٰ قيمة الثوب ، والنقصان الثاني وهو أربعة ونصف بالرخص فلا يضمن .

وتجب مع الخمسة المذكورة أجرة اللبس ، وهٰذا تفريع على الجمع بين الأرش والأجرة كما سبق[٢] ، فإن لم يجمع بينهما . . فالواجب أكثر الأمرين من الخمسة وأجرة المثل ، قال الإمام : والصفات في هٰذا كالأجزاء[٣] .

قال : (**قلت : ولو غصب خفين قيمتهما عشرة فتلف أحدهما ورد الآخر وقيمته**

---

(١) زيادة من « منهاج الطالبين » لم يذكرها الإمام الدميري رحمه الله .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

دِرْهَمَانِ ، أَوْ أَتْلَفَ أَحَدَهمَا غَاصِباً ، أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ . . لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى ٱلتَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ ٱلْحِنْطَةَ هَرِيسَةً . . فَكَٱلتَّالِفِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ ٱلنَّقْصِ . . . .

درهمان ، أو أتلف أحدهما غاصباً ، أو في يد مالكه . . لزمه ثمانية في الأصح والله أعلم) خمسة للتالف ، وثلاثة لما حصل من التفريق الحاصل عنده ، أما الأولىٰ . . فلأنه وضع يده عليهما معاً ، وأصل المغصوب وصفاته مضمونة .

قال في زوائد « الروضة » : وفيه وجه غريب في « التنبيه » و« التتمة » : أنه يلزمه درهمان . اهـ

وحكايته عن « التتمة » وهم فالذي فيها وجه : أنه تلزمه خمسة كما إذا أتلف رجل أحدهما وآخر الآخر . . فإنه يسوىٰ بينهما ، وهو وجه ثالث في المسألة .

وصورة المسألة المقيس عليها هـٰذا الوجه : أن يتلفا دفعة واحدة ، فإن تعاقبا . . لزم الثاني ثلاثة ، وفي الأول الخلاف ، وأما الصورتانِ الأخيرتان . . ففيهما الأوجه الثلاثة ، والصحيح في الكتاب نقله في زوائد « الروضة » عن الأكثرين وعليه العمل ثم قال : ووجه الخمسة صححه الإمام ونقله البغوي عن الأكثرين وهو الأقوىٰ ، واتفقوا علىٰ أنه لا يقطع بسرقة أحدهما إذا لم يبلغ وحده نصاباً وإن ضمناه إياه .

وقوله : (خفين) أي : فردتين فكل واحدة تسمىٰ خفاً ، والحكم كذلك في أحد زوجي النعل ومصراعي الباب .

قال : (**ولو حدث نقص يسري إلى التلف بأن جعل الحنطة هريسة . . فكالتالف**) ؛ لأنه لو ترك بحاله فسد .

فعلىٰ هـٰذا : هل تكون الهريسة للغاصب أو للمالك كما لو نجس زيته وقلنا : لا يطهر بالغسل؟ وجهان[1] .

قال : (**وفي قول : يرده مع أرش النقص**)؛ قياساً على التعييب الذي لا يسري[2] ، وهـٰذا الوجه اختاره الإمام والبغوي ، وفي المسألة قول ثالث استحسنه في « الشرح

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : أولهما) .

(٢) في هامش (ك) : (دخل في هـٰذا : إذا غصب حطباً وجعله رفاةً) .

وَلَوْ جَنَى ٱلْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ . . لَزِمَ ٱلْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِٱلأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَٱلْمَالِ ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ . . غَرَّمَهُ ٱلْمَالِكُ ، . . . .

الصغير » وقطع به بعضهم : أن المالك يتخير بينهما ، ورابع : يتخير الغاصب .

واحترز عما لا يسري ، فإن الواجب على الغاصب إنما هو رده مع الأرش مطلقاً ، وإطلاقه يفهم أنه لا فرق بين حصول النقص الساري بفعل الغاصب أو بغيره ، وكان ينبغي أن يقيده بفعله[1] ، وكأنه اكتفىٰ عنه بالمثال .

وصورة المسألة : غصب دقيقاً وسمناً وتمراً فجعله عصيدة ، أو غصب ماء وزيتاً فخلطهما ونحو ذلك .

ولو تعفن الطعام في يده لطول المكث . . فقيل : هو كالهريسة ، والأصح في زوائد « الروضة » : أنه يتعين أخذه مع الأرش قطعاً[2] .

قال : (**ولو جنى المغصوب فتعلق برقبته مال . . لزم الغاصب تخليصه**) ؛ لأنه نقص حدث في يده وهو مضمون عليه .

قال : (**بالأقل من قيمته والمال**) ؛ لأن الأقل إن كان هو القيمة . . فهو الذي دخل في ضمانه ، وإن كان هو المال المتعلق بالرقبة . . فهو الذي وجب ، وفي قول : يفديه بالأرش بالغاً ما بلغ ، وهما كالقولين فيما يفديه السيد به .

ولا شك أن من جملة عيوب المبيع جنايات الخطأ إذا كثرت والعمد إذا لم يتب ، فإن تاب . . فوجهان[3] ، وجوز ابن الرفعة إلحاق عمد الخطأ بالعمد ، فيلزم الغاصب أيضاً أرش هـٰذا العيب .

قال : (**فإن تلف في يده**) أي : تلف العبد الجاني في يد الغاصب (. . **غرمه المالك**) أي : أقصى القيم كغيره من الأعيان المضمونة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وعلى هـٰذا : لو صار المغصوب هريسة بنفسه . . أخذه المالك مع الأرش) ورمز لقول زوائد « الروضة » بالصحة .

(٣) في هامش (ك) : (أوجههما : أنه عيب أيضاً) .

وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ ٱلْمَالِكُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْمَالِكُ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَلَوْ رَدَّ ٱلْعَبْدَ إِلَى ٱلْمَالِكِ فَبِيعَ فِي ٱلْجِنَايَةِ . . رَجَعَ ٱلْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ ٱلْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . . . .

قال : (**وللمجني عليه تغريمه**) أي : تغريم الغاصب ؛ لأن جناية المغصوب مضمونة عليه .

قال : (**وأن يتعلق بما أخذه المالك**) أي : بقدر حقه وهو الأقل فقد يكون بعض القيمة وقد يكون كلها ؛ لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة ، فيتعلق ببدلها قياساً علىٰ بدل المرهون .

وقيل : ليس له ذلك ، وإنما يطالب الغاصب فقط ؛ لأنهما كرجلين لكل منهما دين علىٰ ثالث ، وليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرش قبل أن يغرم الغاصب المجني عليه كما قاله الإمام[1] ؛ لاحتمال الإبراء ، وهو مقتضىٰ قول المصنف : (ثم يرجع) .

وقال ابن الرفعة : له ذلك كما يطالب الضامن المضمون بتخليصه .

قال شيخنا : والذي ذكره بحثاً وتشبيهاً إنما يقتضي المطالبة بالأداء للمجني عليه لا للمالك ، وليس كلام الإمام فيه[2] .

قال : (**ثم يرجع المالك على الغاصب**) ؛ لأن الذي أخذه المالك لم يسلم إليه ، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب .

قال : (**ولو رد**) أي : الغاصب (**العبد إلى المالك فبيع في الجناية . . رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب**) ؛ لأن الجناية حصلت حين كان المغصوب مضموناً عليه ، ثم للمسألة صور :

إحداها : أن يغصبه بعد أن جنىٰ ثم يرده فيباع فيها . . فلا رجوع .

الثانية : أن يجني ثانياً في يد الغاصب وكل منهما يستغرقه ثم يرده فيباع ويقسم . . فيرجع بنصفه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَنَقَلَ تُرَابَهَا . . أَجْبَرَهُ ٱلْمَالِكُ عَلَىٰ رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ ٱلْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ ، وَلِلنَّاقِلِ ٱلرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ ٱلْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، . . . . . .

الثالثة : أن يغصبه غير جان فيجني عنده ثم يرده فيباع فيه ويقسم[1] . . فيرجع به كله ، وهي مسألة الكتاب .

قال : (**ولو غصب أرضاً فنقل ترابها**) أي : من غير حفر بل كشطه عن وجهها .

قال : (. . **أجبره المالك علىٰ رده أو رد مثله**) ولو غرم عليه أضعاف قيمته وقد قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » أي : رد ما أخذت ، ولأن التراب مثلي كما سبق ، فإن تعذر . . فالنص أنا نقوم الأرض بترابها ثم بعد نقله منها يجب ما بينهما[2] .

وقيل : يجب الأكثر من هـٰذا و من قيمة التراب منقولاً وحكي عن النص .

فلو كانت الأرض متنجسة بسماد تعين هـٰذا الوجه[3] ، ولا يكلف رد مثله فيما يظهر[4] .

قال : (**وإعادة الأرض كما كانت**) من انبساط وارتفاع ، فإن بقي نقص . . وجب أرشه معها ، هـٰذا هو النص هنا ، والنص فيمن باع أرضاً فيها أحجار فنقلها أنه تلزمه التسوية فقيل : قولان ، وقيل بتقرير النصين ، والفرق ضعيف .

قال : (**وللناقل الرد وإن لم يطالبه المالك إن كان له فيه غرض**) بأن كان قد نقله إلىٰ ملكه وأراد تفريغه ، أو إلىٰ ملك غيره ، أو شارع يخاف من التعثر به الضمان ، بل لو منعه المالك من ذلك . . لم يسمع لدفع الضرر عنه ، كما لو توسط أرضاً مغصوبة ثم عزم على الرجوع عن الغصب . . لا يكون بخروجه آثماً وإن كان متصرفاً في أرض الغير للضرورة .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : بين مالكه والمجني عليه إذا زاد ثمنه على الأرش ، وقوله : « فيرجع به كله » أي : بالمأخوذ) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِلاَّ . . فَلاَ يَرُدُّهُ بِلاَ إِذْنٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ ٱلْبِئْرِ وَطَمُّهَا . وَإِذَا أَعَادَ ٱلأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ . . فَلاَ أَرْشَ ، لَـٰكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ لِمُدَّةِ ٱلإِعَادَةِ ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ . . وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا . . . .

وإذا رد التراب إلى الأرض فمنعه المالك من بسطه . . لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

ولو قال المصنف : وإن منعه المالك . . كان أحسن ، فإن له الرد أيضاً مع المنع كما صرح به الأصحاب ، فيكون له الرد مع السكوت من باب أولىٰ .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن له غرض بأن نقله إلىٰ موات أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الآخر .

قال : (. . **فلا يرده بلا إذن في الأصح**) ؛ لأنه تصرف في التراب والمكان بغير إذن المالك .

والثاني : له ذلك ؛ لأنه رد ملكه إلىٰ محله ، فلو فعل . . كان للمالك أن يكلفه النقل على الأول لا الثاني .

قال : (**ويقاس بما ذكرنا حفر البئر وطمها**) فله الطم بترابه إن كان باقياً ، وبمثله إن كان تالفاً علىٰ هيئته الأولىٰ ، ثم إن أمره المالك بالطم . . لزمه ، وإلا . . فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها .

وقال المزني : لا يطم إلا بإذن المالك ، فإن منعه المالك وقال : رضيت باستدامة البئر . . امتنع عليه الطم في الأصح واندفع عنه الضمان .

ولو كان الغاصب طوى البئر بآلة نفسه . . فله نقلها وللمالك إجباره عليه ، فإن وهبها منه . . لم يلزمه القبول في الأصح .

قال : (**وإذا أعاد الأرض كما كانت ولم يبق نقص . . فلا أرش**) ؛ لعدم الموجب له .

قال : (**لـٰكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة**) ؛ لأنه فوتها بسبب هو فيه متعد .

قال : (**وإن بقي نقص . . وجب أرشه معها**) أي : مع الأجرة كما تضمن سائر صفات العين المغصوبة الفائتة .

وَلَوْ غَصَبَ زَيْتاً وَنَحْوَهُ وَأَغْلاَهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ . . رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ ٱلذَّاهِبِ عَلَى ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ نَقَصَتِ ٱلْقِيمَةُ فَقَطْ . . لَزِمَهُ ٱلأَرْشُ ، وَإِنْ نَقَصَتَا . . غَرِمَ ٱلذَّاهِبَ وَرَدَّ ٱلْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ ٱلْقِيمَةِ أَكْثَرَ . . . .

قال : (**ولو غصب زيتاً ونحوه**) أي : من الأدهان (**وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته . . رده ولزمه مثل الذاهب على الأصح**) ؛ لأن له بدلاً مقدراً وهو المثل فأوجبناه ، كما إذا خصى العبد فزادت قيمته . . فإنه يضمن قيمته على الجديد .

والثاني ـ وهو قول صاحب « التلخيص » ـ : أنه يرده ولا غرم عليه ؛ لأن ما حصل به النقص حصلت به الزيادة فلم يكن سبباً في الغرامة وهو خلاف النص ، بل قال الإمام : إنه ليس بشيءٍ ، فكان ينبغي التعبير بـ(الصحيح) لذلك .

قال : (**وإن نقصت القيمة فقط . . لزمه الأرش**) هـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**وإن نقصتا . . غرم الذاهب ورد الباقي مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر**) هـٰذا هو المنصوص ومعناه : أنه يرد الباقي ويغرم الذاهب مطلقاً .

ثم إن لم يكن حصل في الباقي نقص . . فلا شيء عليه مع ذلك ، وإن كان حصل فيه نقص في القيمة . . فعليه الأرش .

مثال الأول : رطلان قيمتهما درهمان صارا بالإغلاء رطلاً قيمته درهم . . فيرده ورطلاً .

ومثال الثاني : صارا رطلاً قيمته نصف درهم . . فيرد الباقي ويرد معه رطلاً ونصف درهم .

ولو غصب عصيراً وأغلاه . . فقيل : كالزيت يضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته ، والأصح : لا يضمن مثل الذاهب ؛ لأنه مائيته ، والذاهب من الزيت زيت .

ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته ، وفي الرطب إذا صار تمراً ، وأجراه الماوردي في اللبن إذا صار جبناً[١] .

---

(١) في هامش (ك) : (قال ابن الرفعة : « وفيه نظر ؛ لأن الجبن لا يمكن كيله حتى تعرف نسبة نقصه من غير اللبن » . اهـ =

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلسِّمَنَ لاَ يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ ٱلنِّسْيَانَ وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لاَ يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَىٰ قَطْعاً . . . .

قال : (**والأصح : أن السمن لا يجبر نقص هزال قبله**) ؛ لأن السمن الثاني غير الأول .

والثاني : يجبره وهو قول ابن أبي هريرة ، كما لو أبق العبد ثم عاد فإنه يزول بالعود ضمان الحيلولة الواجب بالإباق .

فلو انعكس الحال بأن كانت معتدلة فسمنت في يد الغاصب سمناً مفرطاً ونقصت قيمتها . . فإنه يردها ولا شيء عليه ؛ لأنها لم تنقص حقيقة ولا عرفاً[1] .

قال : (**وأن تذكر صنعة نسيها يجبر النسيان**) ؛ لأن العائد هو الأول ، والسمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان .

والثاني : لا يجبر كالسمن ، وهنا طريقة قاطعة بالانجبار وفي السمن طريقة قاطعة بعدمه .

ولا فرق في عود الصنعة بين أن يتذكر بنفسه أو بالتذكير فلذلك أطلقه المصنف .

قال : (**وتعلم صنعة لا يجبر نسيان أخرىٰ قطعاً**) ؛ لاختلاف الأغراض ، فلو تذكرها في يد المالك . . قال في « المطلب » : يشبه أن يجبر أيضاً حتىٰ يسترد ما دفع من الأرش[2] ، ولو تعلمها[3] . . فالمتجه : عدم الجبر[4] فلا يسترد ، وكذا لو كان يحسن سورة فنسيها وحفظ أخرىٰ .

= نعم ؛ تعرف النسبة بوزنهما ، و يؤخذ من التعليل بأن الذاهب مما ذكر مائية لا قيمة لها أنه لو نقص منه عينه وقيمته . . ضمن القيمة ، ويحتمل أنه يضمن مثل الذاهب كالرهن) .

(١) في هامش (ت) : (قال الغزي : وتوقف فيه الأذرعي والإسنوي ، ويلزمهما في كبر العبد ، ولم يتوقفا فيه) .
وفي هامش (ك) : (وفيه نظر ، وقياس ما تقدم : الضمان ، وهو المعتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (أي : في يد المالك ، أما لو تعلمها في يد الغاصب . . فإنه يكون جابراً لنسيانها) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ غَصَبَ عَصِيراً فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْخَلَّ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَى ٱلْغَاصِبِ ٱلأَرْشُ إِنْ كَانَ ٱلْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً . وَلَوْ غَصَبَ خَمْراً فَتَخَلَّلَتْ ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْخَلَّ وَٱلْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ . . . .

وعود الحسن كعود السمن لا كتذكر الصنعة .

ولو سقطت أوراق الشجر ثم أورقت . . لم ينجبر الأول بالثاني بخلاف شعر الجارية وسنها ؛ لأنها غير متقومة .

ولو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته . . فالمنصوص والمختار عند المصنف : أنه لا يضمن النقص .

قال : (**ولو غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل . . فالأصح : أن الخل للمالك**) ؛ لأنه عين ماله .

قال : (**وعلى الغاصب الأرش إن كان الخل أنقص قيمة**) ؛ لحصوله تحت يده ، فلو لم تنقص قيمته عن قيمته . . اقتصر عليه .

والثاني : يغرم مثل العصير .

وقال الماوردي : يغرم قيمته ؛ لأنه بالتخمير كالتالف .

وعلىٰ هـٰذا : فالخل للمالك على الأصح ؛ لأنه فرع ملكه ، والخلاف جار فيما لو غصب بيضاً فصار فراخاً في يده ، أو حباً فزرعه و نبت ، أو بزر قز فصار قزاً .

والأصح : أن الحاصل للمالك ، ولا غرم على الغاصب إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه .

قال : (**ولو غصب خمراً فتخللت ، أو جلد ميتة فدبغه . . فالأصح : أن الخل والجلد للمغصوب منه**) ؛ لأنهما فرع ملكه .

والثاني : أنهما للغاصب ؛ لحصولهما عنده مما ليس بمال .

والثالث : الخل للمالك ؛ لأنه حصل بلا علاج ، والجلد للغاصب ؛ لأن ماليته حصلت بفعله .

والرابع : عكسه ؛ لأن جلد الميتة يقتنىٰ فحق المالك فيه آكد ، والخمر لا يجوز اقتناؤها ؛ لأن الكلام في غير المحترمة ، فإن فرضت محترمة . . كانت كجلد الميتة .

فَصْلٌ :

زِيَادَةُ ٱلْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَراً مَحْضاً كَقُصَارَةٍ . . فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ ، وَأَرْشَ ٱلنَّقْصِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْناً كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ . . كُلِّفَ ٱلْقَلْعَ . . . .

تتمة :

احترز بقوله : (غصب) عما إذا أعرض المالك عنها بأن أراق الخمر أو ألقى الشاة الميتة فأخذها شخص . . فالأصح في زوائد « الروضة » هنا و« أصلها » في (الصيد والذبائح) : أنه ليس للمعرض الاسترداد .

قال : (**فصل :**

زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً كقصارة . . فلا شيء للغاصب بسببها) ؛ لتعديه بذلك العمل ، وفارق المفلس حيث كان شريك البائع كما تقدم في بابه ؛ لأنه شريك لم يتعد .

ومن صور المسألة : طحن الحنطة وخياطة الثوب بخيط منها وضرب الطين لبناً والسبائك حلياً أو دراهم وذبح الشاة وشي اللحم .

قال : (**وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن**) فيرد اللبن طيناً والحلي سبيكة ؛ لأنه متعد ، فإن لم يمكن كالقصارة ونحوها . . لم يكلف ذلك ، بل يرده بحاله وله أرش النقص إن نقصت قيمته ، فإن رضي المالك بالبقاء . . لم يكن له الرد ، إلا أن يكون ضرب دراهم بغير إذن السلطان أو علىٰ غير عياره فيخاف التعزير .

قال : (**وأرش النقص**) هو منصوب عطفاً على الرد ، وإنما كلفه بذلك لأنه نشأ مما فعله متعدياً .

قال : (**وإن كانت عيناً كبناء وغراس . . كلف القلع**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة لم تكن لأحد قبله . . فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داوود والترمذي .

قال الراوي : (وقد أبصرت رجلين من بياضة يختصمان إلىٰ رسول الله صلى الله

وَإِنْ صَبَغَ ٱلثَّوْبَ بِصِبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ . . أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ . . فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ ، . . . .

عليه وسلم في أجمة لأحدهما غرس فيها وللآخر نخل ، فقضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله عنه ، قال : فلقد رأيت الرجل يضرب في أصول النخل بالفؤوس وإنه لنخل عم)[1] بضم العين المهملة وتشديد الميم أي : نخل تامة طويلة ، وقيل : قديمة .

وكذلك يجب أرش النقص الحاصل من القلع ، وله أيضاً القلع ، وإن أراد المالك تملكه بالقيمة أو إبقاءه بأجرة . . لم تلزم الغاصب إجابته في الأصح ؛ لإمكان القلع بلا غرم أرش بخلاف المستعير ، وفي التسوية والأرش ما سبق في التراب .

قال : (**وإن صبغ الثوب بصبغه وأمكن فصله . . أجبر عليه في الأصح**) كما يملك إجباره علىٰ قلع الغراس .

والثاني : لا يجبر عليه ؛ لما فيه من ضرر الغاصب ، بخلاف الغراس فإنه لا يضيع بالإخراج وهٰذا قول ابن سريج ، وصححه صاحب « التنبيه » وأقره عليه في « التصحيح » ، ورجحه العراقيون ، ونسبه القاضي حسين إلىٰ عامة الأصحاب ، وقال الروياني : إنه ظاهر المذهب .

وليس في « الشرح »[2] ولا في « الروضة » ترجيح لأحدهما وموضع الوجهين إذا لم يحصل بالفصل خسران بين .

أما الغاصب . . فله الفصل وإن رضي المالك بالإبقاء .

وقيل : إن حصل به نقص في الثوب . . فلا ، وإن تراضيا على الإبقاء . . فهما شريكان ، أو على الفصل . . فصل .

قال : (**وإن لم يمكن ؛ فإن لم تزد قيمته**) أي : ولم تنقص (**. . فلا شيء للغاصب فيه**) ؛ لأن ذلك حصل بفعله ، كما إذا كان الثوب يساوي عشرة والصبغ كذلك فصار بعد الصبغ يساوي عشرة لا لانخفاض سوق الثياب بل لأجل الصبغ .

---

(١) هٰذه الزيادة عند أبي داوود فقط .

(٢) في (ج) و(ز) : (« الشرحين ») .

وَإِنْ نَقَصَتْ . . لَزِمَهُ ٱلأَرْشُ ، وَإِنْ زَادَتِ . . ٱشْتَرَكَا فِيهِ . وَلَوْ خَلَطَ ٱلْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ ٱلتَّمْيِيزُ . . لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ ، . . . .

قال : (**وإن نقصت**) بأن صارت قيمة الثوب خمسة (. . **لزمه الأرش**) كسائر النقص الحاصل في المغصوب بفعل الغاصب .

قال : (**وإن زادت**) كما إذا ساوىٰ عشرين (. . **اشتركا فيه**) هٰذا بثوبه وهٰذا بصبغه ، وليس المراد الشركة على الشيوع ، بل كل منهما يملك ما كان له قبل ذلك .

ولو صارت القيمة خمسة عشر كان النقصان على الصبغ ؛ لأن الثوب هو الأصل ، وإن صارت ثلاثين . . كانت الزيادة بينهما ، وكان كل واحد شريكاً بخمسة عشر .

قال الرافعي : وأطلق الجمهور المسألة ، وفي « الشامل » و« التتمة » إن نقص لانخفاض سعر الثياب . . فالنقص على الثوب ، أو سعر الصبغ أو الصنعة . . فعلى الصبغ ، وإن زاد سعر أحدهما . . فالزيادة له ، أو بسبب الصنعة . . فهو بينهما ، فيمكن تنزيل الإطلاق عليه[1] . اهـ

وفي تعاليق « القاضي حسين » و« أبي الطيب » و« البندنيجي » و« سليم » كما في « الشامل » و« التتمة »[2] وجميع ما تقرر فيما إذا لم يكن الصبغ تمويهاً ، فإذا كان . . فهو كنظيره من التزويق فليس للغاصب نزعه إلا برضا المالك ، وليس للمالك إجباره عليه في الأصح كالثوب يقصر .

ولو بذل مالك الثوب قيمة الصبغ وأراد تملكه . . لم يجبر الغاصب عليه على الأصح ، وليس لأحدهما الانفراد ببيع نصيبه في الأصح .

قال : (**ولو خلط المغصوب بغيره وأمكن التمييز . . لزمه وإن شق**) سواء اختلط بجنسه كالحنطة الحمراء بالبيضاء أو بغيره كالحنطة بالشعير ؛ لأنه يجب عليه الرد بكل ما يقدر عليه ، حتىٰ لو لم يقدر علىٰ تمييز الجميع . . وجب تمييز ما أمكن .

وقيل : إذا لحقه في ذلك مشقة كبيرة رد بدله .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

وَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَٱلتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ ٱلْمَخْلُوطِ . وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَىٰ عَلَيْهَا . . أُخْرِجَتْ ، . . . .

قال : (**وإن تعذر . . فالمذهب : أنه كالتالف فله تغريمه**) سواء خلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ ، وذلك كالزيت والشيرج ؛ لأنه تعذر رده أبداً فأشبه التالف ، ولأنا لو جعلناه مشتركاً . . لاحتجنا إلى البيع وقسمة الثمن .

وقيل : قولان ثانيهما : يشتركان كما لو انثالت صبرة علىٰ صبرة .

وقيل : إن خلط بالمثل . . اشتركا ، وإلا . . فكالهالك .

قال الشيخ : والذي أختاره أن القول بالهلاك باطل[1] ؛ لأن فيه تمليك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاً ، بل بمجرد تعديه ، ولا يحل مال المسلم إلا بطيب نفس منه ، والقول بالاشتراك بمعنى الشيوع باطل أيضاً ، فلم يبق إلا أن يقال : إن ملك كل واحد باق وهو مختلط بملك صاحبه ، ولا يمكن فصله كالثوب والصبغ فيكونان شريكين لا على الإشاعة كما تقدم ، فإن اتفقا على البيع . . باعا واقتسما الثمن علىٰ قدر الملكين .

قال : وأنا أوافق على الهلاك إذا لم تبق له قيمة كصب قليل ماء الورد في كثير من الماء .

قال : (**وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط**) ؛ لأن الحق انتقل إلى الذمة بصيرورته كالهالك .

قال : (**ولو غصب خشبة وبنىٰ عليها . . أخرجت**) ولو تلف على الغاصب بسببها أضعاف قيمتها ، سواء كان المبني عليها له أم لغيره ؛ لعموم ما تقدم من الأدلة ، وإذا ردها . . لزمه مع ذلك أرش نقصها إن كان .

وقال أبو حنيفة : يملكها الغاصب ويغرم قيمتها ، والحجر في معنى الخشبة ، أما إذا تعفنت . . فلا تخرج ؛ لأنه إتلاف مال بغير فائدة ، ويطالب الغاصب بقيمتها .

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَإِنْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ . . فَكَذَٰلِكَ إِلاَّ أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ . وَلَوْ وَطِىءَ ٱلْمَغْصُوبَةَ عَالِماً بِٱلتَّحْرِيمِ . . حُدَّ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَلاَ حَدَّ ، . . . .

قال : (**وإن أدرجها في سفينة . . فكذلك**) أي : تخرج ما دامت لها قيمة ، هـٰذا إذا كانت على الشط ، أو في البر ، أو في أعلاها وهي في اللجة .

قال : (**إلا أن يخاف تلف نفس أو مال معصومين**) لحرمتهما ، سواء كان للغاصب أم لغيره ، ولا تنزع لسهولة الصبر إلى الشط ، بخلاف ما لو أدرجها في البناء . . فإنه لا أمد له .

وقيل : إن كان المال للغاصب . . نزع كما لو أدخل ساجاً في بنائه ، وصححه الإمام .

واحترز بـ(المعصومين) عن مال الحربي ونفسه .

ولو اختلطت التي فيها اللوح بسفن للغاصب ولا يوقف على اللوح إلا بنزع الجميع . . ففي نزع الجميع وجهان .

قال في زوائد « الروضة » : ينبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع[1] .

فرع :

ولو دخل فصيل في بيت ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء . . نقض ، وغرم مالك الفصيل أرش النقص إن كان بتفريط منه ، أولا على الأصح ، وكذلك إذا أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولا يخرج إلا بكسرها[2] .

قال : (**ولو وطىء المغصوبة عالماً بالتحريم . . حد**) ؛ لأنه زناً ، سواء كانت هي عالمة أم جاهلة .

قال : (**وإن جهل . . فلا حد**) ؛ للشبهة ، لـٰكنه إن قال : جهلت تحريم وطء

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا على الضعيف) .

(٢) في هامش (ك) : (ولو وقع دينار من ظرف في محبرة ولم يمكن نزعه منها إلا بكسرها . . فله كسرها لتخليص ديناره) ثم قال : (يستثنىٰ منه : ما إذا كان هو الملقي له . . فليس له كسرها) .

وَفِي ٱلْحَالَيْنِ يَجِبُ ٱلْمَهْرُ إِلاَّ أَنْ تُطَاوِعَهُ . . فَلاَ يَجِبُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَعَلَيْهَا ٱلْحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ . وَوَطْءُ ٱلْمُشْتَرِي مِنَ ٱلْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي ٱلْحَدِّ وَٱلْمَهْرِ ، فَإِنْ غَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

المغصوبة ـ لدخولها في ضمانه ـ . . لم تقبل دعواه إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة .

قال : (**وفي الحالين**) أي : حالتي علمه وجهله (**يجب المهر إلا أن تطاوعه . . فلا يجب على الصحيح**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا مهر لبغي »[1] .

والثاني : يجب المهر ؛ لأن مطاوعتها لا تسقط حق سيدها .

قال : (**وعليها الحد إن علمت**) ؛ لأنها زانية ، وإن جهلت . . فلا .

و(البغي) بالتخفيف : الزنا ، و(البغيّ) بالتشديد : الزانية ، وروي الحديث بهما فاحتج أبو حنيفة ومالك برواية التخفيف فقالا : لا مهر إذا أكره أمة أو حرة على الزنا ، واحتج الشافعي رضي الله عنه برواية التشديد .

قال : (**ووطء المشتري من الغاصب كوطئه في الحد والمهر**) ؛ لاشتراكهما في الاستيلاء ، لٰكن يستثنىٰ من ذلك ما إذا جهل المشتري تحريم الوطء بكونها مغصوبة . . فإنه تقبل دعواه ولا يشترط قرب عهده بالإسلام ولا أن ينشأ ببادية بعيدة .

قال : (**فإن غرمه . . لم يرجع به على الغاصب في الأظهر**) ؛ لأنه المتلف وقد انتفع وباشر الإتلاف .

والثاني ـ وهو قديم ـ : أنه يرجع ؛ لأن الغاصب غره ، والبيع لا يقتضي ضمان المهر .

وأجريا في أرش الافتضاض إن كانت بكراً ، وسيأتي في كلام المصنف في أواخر (الصداق) أن المهر يتكرر بتكرر وطء المغصوبة .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) .

وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِماً بِٱلتَّحْرِيمِ . . فَٱلْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَحُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ ٱلِانْفِصَالِ ، . . . .

مهمة :

سكت المصنف عن أرش البكارة في وطء الغاصب والمشتري منه وفيه أوجه :

صحح الشيخان هنا وفي (الديات) أنه يجب مهر ثيب وأرش بكارة ، وأفتىٰ به المصنف[1] .

والثاني : مهر بكر فقط ، ويندرج فيه الأرش ، وصححاه في (باب الرد بالعيب) .

والثالث : مهر بكر وأرش بكارة ، وبه جزما في البيع الفاسد ، والغاصب أولىٰ فهو المختار ؛ لأنه استمتع ببكر والأرش لجبر الفائت فهما سببان مختلفان .

قال : (**وإن أحبل**) أي : الغاصب أو المشتري منه (**عالماً بالتحريم . . فالولد رقيق غير نسيب**) ؛ لأنه زنا ، فإن انفصل حياً . . فهو مضمون على الغاصب ، وإن انفصل ميتاً بجناية . . فبدله للسيد ، أو بلا جناية . . ففي وجوب ضمانه وجهان : قال الرافعي هنا : ظاهر النص ضمانه ، وصحح بعد ذلك بأوراق عدمه وقواه في « الشرح الصغير »[2] .

قال : (**وإن جهل . . فحر نسيب**) للشبهة ، قال في « المطلب » : والمشهور أنه انعقد حراً لا رقيقاً ثم عتق[3] .

قال : (**وعليه قيمته**) ؛ لتفويته رقه بظنه .

قال : (**يوم الانفصال**) ؛ لأن التقويم قبله غير ممكن ، هـٰذا إذا انفصل حياً أو بجناية ، فإن انفصل ميتاً بغير جناية . . فالمشهور أنه لا تلزمه قيمته ؛ لعدم تيقن حياته[4] ، ويخالف ما لو انفصل الولد رقيقاً . . فإن فيه وجهين ؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد فجعل تبعاً للأم[5] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٥) في هامش (ك) : (من قوله : قال : « ويرجع بها المشتري . . . » إلى « كتاب الشفعة » سقط =

وَيَرْجِعُ بِهَا ٱلْمُشْتَرِي عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَلَوْ تَلِفَ ٱلْمَغْصُوبُ عِنْدَ ٱلْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجِعْ ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلاَ يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ ٱسْتَوْفَاهَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

قال : (**ويرجع بها المشتري على الغاصب**) ؛ لأن الشراء لم يوجب ضمانه ، كذا في « المحرر » و« الشرحين » ، وفي « الروضة » بخط المصنف : لا يرجع ـ بزيادة(لا)ـ وهو سبق قلم .

وقيل : على الخلاف في المهر ، وهـٰذا بخلاف المشتري شراء فاسداً حيث تستقر عليه قيمة الولد ولا يرجع بها ؛ لأن مسألة الغصب حصل فيها تغرير من الغاصب ، وأما المالك البالغ . . فلم يحصل منه تغرير فافترقا .

قال : (**ولو تلف المغصوب عند المشتري وغرمه . . لم يرجع**) سواء في ذلك العالم والجاهل ؛ لأن الشراء عقد ضمان .

وعن صاحب « التقريب » أنه يرجع من المغروم بما زاد علىٰ قدر الثمن سواء اشتراه رخيصاً أم زادت قيمته وهو شاذ .

قال : (**وكذا لو تعيب عنده في الأظهر**)ـ وهو تخريج المزني ـ تسوية بين الجملة والأجزاء ؛ لأن ما ضمن كله ضمن جزؤه .

والثاني ـ وهو نص « الأم » ـ : يرجع وهو مشكل ، وعلله ابن سريج بأن ضمان المشتري ضمان عقد والعقد لا يوجب ضمان الأجزاء ، ونازعه الرافعي وغيره في ذلك ، لـٰكنه يعتضد بما إذا طلق الزوج قبل الدخول وقد تعيب الصداق في يد المرأة . . فإنه لا يلزمها الأرش ، بل يتخير بين نصفه معيباً ونصف قيمته سليماً كما سيأتي في موضعه .

كل هـٰذا إذا تعيب لا بفعله ، فإن كان بفعله . . لم يرجع قطعاً .

قال : (**ولا يرجع بغرم منفعة استوفاها في الأظهر**) كالسكنىٰ والركوب واللبس ، و القولان هما القولان في المهر وأرش البكارة وقد تقدم توجيههما .

= من نسخة المصنف رحمه الله تعالىٰ فتعذرت المقابلة لذلك) .

وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ وَبِأَرْشِ نَقْصِ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ ٱلْمُشْتَرِي يَرْجِعُ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ ٱلْغَاصِبُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي ، وَمَا لاَ . . فَيَرْجِعُ . . . .

قال : (**ويرجع بغرم ما تلف عنده**) أي : من المنافع (**وبأرش نقص بنائه وغراسه إذا نقص في الأصح**) الخلاف عائد إلى المسألتين ، فوجه الرجوع أنه لم يتلفها ولا التزم ضمانها .

والثاني : لا ، تنزيلاً للتلف منزلة الإتلاف ، وثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة ، قاله المتولي[1] .

وصحح البغوي أنه لايرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وأدىٰ من خراج الأرض[2] ولو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه ومكث عنده . . لزمه أجرته ، كذا في زوائد « الروضة » ، وهي في « الرافعي » كذلك[3] .

قال : (**وكل ما لو غرمه المشتري يرجع به لو غرمه الغاصب . . لم يرجع به على المشتري**) وذلك كقيمة الولد وأجرة المنافع الفائتة تحت يده ، وكذا الكسب والثمرة والنتاج لو فرضنا أن الغاصب طولب به وغرمه . . فإنه لا يرجع بذلك على المشتري ؛ لأن القرار عليه لا على المشتري .

قال : (**وما لا . . فيرجع**) أي : وكل ما لو غرمه المشتري . . لكان لا يرجع به على الغاصب كقيمة العين والأجزاء والمنافع التي استوفاها فإذا غرمها الغاصب . . رجع بها على المشتري ، لأن القرار عليه .

فائدة :

إذا كانت (كلما) ظرفاً تكتب موصولة ، كقوله : كلما رأيت زيداً فأكرمه ، وكلما جئتك بررتني ، وكلما سألتك أخبرتني ، فإن لم تكن ظرفاً ـ كما في لفظ المصنف ـ . .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

قُلْتُ : وَكُلُّ مَنِ ٱنْبَنَتْ يَدُهُ عَلَىٰ يَدِ ٱلْغَاصِبِ . . فَكَٱلْمُشْتَرِي ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فصلت فتقول : كل ما كان منك حسن ، وكل ما تأتيه جميل ؛ لأنها في موضع الاسم ، قاله ابن قتيبة وغيره .

قال : (**قلت : وكل من انبنت يده علىٰ يد الغاصب . . فكالمشتري والله أعلم**) المراد في هـٰذا الضابط الذي ذكرناه في الرجوع وعدمه لا في كل الأشياء .

وقول المصنف : (انبنت) هو بنون ثم باء ثم نون كما ضبطه بخطه ، وفيه إشارة إلىٰ أن الصورة في يد تكون نائبة عن يد الغاصب لا مستقلة كما تقدم في أول الباب حيث قال : (والأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب أيدي ضمان) .

فرع :

غصب فحلاً وأنزاه علىٰ دابته . . فالولد للغاصب ولا شيء عليه للإنزاء ، لـٰكن إن نقص . . غرم أرش نقصه ، ولو غصب شاة وأنزىٰ عليها فحلاً . . فالولد لصاحب الشاة .

تتمة :

غصب المغصوب ، فأبرأ المالك الغاصب الأول عن ضمان الغصب . . قال المتولي : صح الإبراء ؛ لأنه يطالبه بقيمته ، فهي كدين عليه ، ووافقه الرافعي والمصنف ، وفيه نظر لابن الرفعة والشيخ ؛ لأنه إن كان بعد التلف . . فهو دين حقيقي ، فلا يقال : كدين عليه ، وإن كان قبله . . فهو كما لو أبق العبد من الغاصب وأبرأه من قيمته لا يصح على الصحيح ، والظاهر[1] : أنه أراد هـٰذه ، قال : وإن ملكه إياه . . برىء من الضمان وانقلب الضمان على الثاني حقاً له ، وهـٰذا ظاهر إن قدر الأول على انتزاعه ، أما إذا لم يقدر . . فالظاهر : أنه لا يصح إلا أن يكتفي بأن العين هنا من ضمان المشتري[2] ، قال : وإن أذن له في استرجاعه . . فالضمان باقٍ ما لم

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

يسترجعه ، فإذا استرجعه . . فإن كان علىٰ وجه الوديعة . . ارتفع الضمان على المذهب . وإن كان علىٰ وجه الرهن . . فلا .

وإن باعه لغاصب الغاصب أو وهبه له وأذن في القبض . . برىء الأول .

ولو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان . . برىء الأول ؛ لأن القرار عن الثاني والأول كالضامن ، قاله القفال وغيره[1] .

وغصب المشاع يتصور عندنا إذا كان عبد بين شريكين ، فغصب رجل حصة أحدهما أو باعها . . صح في نصيب الشريك البائع ، ولا يجوز في نصيب الغاصب نص عليه ، لـٰكن أشار الأصحاب إلىٰ أن الوارثَيْن إذا وضعا يدهما على التركة . . تكون يد كل منهما علىٰ جميعها ، كذا في « الكفاية » .

ولو قال : غصبنا ألفاً وكنا عشرة . . فقال محمد بن الحسن : تلزمه الألف ، وقال زفر : القول قوله مع يمينه ، قال في « البيان » وبه قال بعض أصحابنا ؛ لأن ما قاله محتمل والأصل براءة ذمته .

* * *

خاتمة

عليه دين لرجل ، فمات ولا وارث له ، هل يتصدق عنه أو يدفعه إلى الحاكم؟

قال في « البحر » : القياس أن يدفعه إلى الحاكم ولا يتصدق به[2] ، بخلاف اللقطة ؛ فإن له التصدق بها بعد الحول ؛ لأن هـٰذا الدين صار لجماعة المسلمين والحاكم نائبهم ، فإن قيل : أليس له التصدق باللقطة بعد الحول بغير إذن الحاكم؟ قلنا : هناك لا يدري أن الحق لواحد معين من المسلمين أو لجماعة ، وهنا الحق للجماعة وحق القبض للإمام .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال : فإن دفعه إلى القاضي ثم ظهر أن له وراثاً . . لم يطالبه ، وقد بريء بالدفع إلى القاضي ؛ لأنه نائب الغائب[1] .

وقال : والذي يحتمل أن يقال : إن ظهر أنه كان في بلده . . لم يبرأ بالدفع إلى القاضي ، بخلاف ما لو كان في بلد آخر ، ويحتمل أن يقال : لا يبرأ أصلاً ؛ لأنه دفع علىٰ تقدير عدم الوارث ، فكان بخلافه ، قال : ولا وجه له عندي .

وفي « فتاوى القاضي حسين » : لو غصب شيئاً وأطعمه ولده الصغير ثم بلغ فادعى المالك عليه . . لزمه الغرم ، وهل يرجع به على الغارم؟ قولان[2] .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) جاء في خاتمة النسخة (ت): (تم الكتاب الثاني من « النجم الوهاج في شرح المنهاج » للشيخ الإمام العلامة الأوحد الحجة كمال الدين نقي التقىٰ محمد بن موسى الدميري رحمة الله عليه نهار الأربعاء في العشرين من شهر الله المحرم الحرام ، فاتحة عام اثنين وتسع مئة بمسجد الساقية بالعليليات التحتا بحماة المحروسة صانها الله وحماها وسائر بلاد الإسلام .

علقه لنفسه الفقير إلىٰ رحمة ربه الغني المنان علي بن عطية بن خرد الملقب بـ« علوان » الهيتي الأصل ، الحموي المولد والمنشأ ، أعانه الله تعالىٰ علىٰ طلب العلم الشريف ، وختم له وللمسلمين بخير إنه خبير لطيف ، وغفر له ولوالديه ولمشايخه ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين آمين بجاه محمد وآله ، وحسبنا الله وكفىٰ ، والحمد لله وحده ، وصلى الله علىٰ نبي الرحمة وشفيع الأمة وكاشف الغمة وآله وسلم) .

كتاب الشفعة

كِتَابُ ٱلشُّفْعَةِ

. . . .

كتاب الشفعة

هي بضم الشين وإسكان الفاء ، ومن الفقهاء من يضمها(١) ، ولفظها مأخوذ من قولهم : شفعت كذا بكذا إذا ضممته إليه .

سميت بذلك لضم نصيب الشريك إلىٰ نصيبه ، ومنه شفع الأذان .

وقيل : من التقوية والإعانة ؛ لأنه يتقوىٰ بما يأخذه ، ومنه : القرآن شافع ومشفع .

وقيل : من الزيادة ؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلىٰ ملكه .

وقال ابن قتيبة : من الشفاعة ؛ لأن الرجل إذا أراد أن يبيع داره . . أتاه شريكه أو جاره بشفيع يشفع إليه فيما يبيع .

وهي في الشرع : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بسبب الشركة بالعوض الذي ملك به ، ولذلك وضع الأصحاب الشفعة عقب الغصب ؛ لأنها تؤخذ قهراً فكانت مستثناة من تحريم أخذ المال قهراً .

وأصلها : من الكتاب قوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ .

ومن السنة : ما روىٰ مسلم [١٦٠٨/١٣٤] عن جابر رضي الله عنه قال : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتىٰ يؤذن شريكه ، فإن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه . . فهو أحق به)(٢) .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الزركشي : إنه غلط) .

(٢) في هامش (ك) : (مفهوم الحديث : أنه إذا استأذن شريكه في البيع فأذن له . . لا شفعة ، قال في « المطلب » : ولم يصر إليه أحد من أصحابنا ؛ تمسكاً ببقية الأخبار ، وفيه نظر ، ولم =

ولفظ البخاري [٢٢١٤] في رواية : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .

وادعى الماوردي أن الأحاديث الواردة في الشفعة متواترة وأجمعت الأمة عليها ، لـٰكن نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها ، وبه قال الأصم وابن علية ، لـٰكن هـٰذان لا يعتد بخلافهما ، ولعل ذلك لم يصح عن جابر بن زيد ، ولا شك أنها علىٰ خلاف القياس ولـٰكن شرعت لدفع الضرر .

وقال الشيخ عز الدين : إن العفو عنها أفضل إلا أن يكون المشتري نادماً أو مغبوناً .

وقال أحمد : لا يجوز للشريك أن يبيع لأجنبي إلا بعد استئذان شريكه(١) .

قال : (**لا تثبت في منقول**) كالثياب والحيوان وغيرهما ، سواء بيع وحده أو تبعاً للأرض ؛ لعدم الدليل عليه ، ولعدم تأبيد الضرر فيه ، والمراد : لا تثبت ابتداء .

واحترز بذلك عن الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة فإن نقضها يؤخذ بالشفعة ، وعن البناء والشجر المتصلين بالأرض وسيذكرهما ، سواء بيع المنقول منفرداً أو مضموماً إلىٰ ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » .

وشرط المأخوذ بالشفعة : أن يكون عقاراً ثابتاً محتملاً للقسمة .

وقول المصنف : (لا تثبت) أحسن من قول « التنبيه » : لا تجب .

= لا حمل المطلق على المقيد ، قال : والخبر يقتضي إيجاب استئذان الشريك قبل البيع ، ولم أظفر به في كلام أحد من أصحابنا ، وهـٰذا الخبر لا محيد عنه وقد صح .

وقد قال الشافعي : إذا صح الحديث . . فاضربوا بمذهبي عرض الحائط . اهـ

وكلام الشافعي في « الأم » في « باب صفة نهي النبي صلى الله عليه وسلم » يقتضي إيجاب الاستئذان على العالم بالنهي ، علىٰ أنه قد يجاب بحمل عدم الحلِّ في الخبر علىٰ أنه خلاف الأولىٰ ، والمعنىٰ : أن ذلك لا يحل حلاً مستوي الطرفين) .

(١) في هامش (ك) : (صرح به الفارقي ، قال : لـٰكن هـٰذا التحريم لا يمنع صحة العقد ؛ لأنه لو فسد . . لم يأخذ الشفيع بالشفعة) .

بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعاً ، . . . .

قال : (**بل في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعاً**)[1] ؛ للحديث السابق لأن (الربع) : المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه ، و(الحائط) : البستان بغراسه .

ويدخل في ذلك ما يتبعه[2] من أبواب ورفوف مسمرة ، ومسامير الدولاب الثابت ، وحجر الرحى التحتاني ، وفي الأعلى الوجهان[3] ، وفي الثمرة التي لم تؤبر .

واحترز بقوله : (تبعاً) عما لو باع أرضاً وفيها شجرة جافة شرط دخولها في البيع . . فإنها لا تؤخذ بالشفعة بل بالشرط .

وعما إذا باع البناء والغراس وحده كالقائم على الأرض المحتكرة والموقوفة . . فلا شفعة فيه ؛ لأنه في حكم المنقول .

وعما لو باع البناء والغراس مع الأرض الحاملة لهما فقط ولم يعين الأرض المتخللة . . فأشبه الوجهين عدم ثبوت الشفعة ؛ لأن الأرض هنا تابعة والمتبوع منقول[4] .

قال الشيخ : إلا أن يكون الجدار عريضاً في أرض مرغوب فيها وبناؤه نزر يسير بالنسبة إليها . . فإنه ينبغي هنا ثبوت الشفعة ؛ لأن الأرض هي المقصودة .

قال : ويحمل كلام الأصحاب على الغالب[5] .

فرع :

لا شفعة في سواد العراق علىٰ مقتضىٰ مذهب الشافعي ، وأما الشام . . فلا خلاف في جواز الأخذ بالشفعة في أرضها ؛ لأنها غير موقوفة ، وأما مصر . . فمقتضىٰ وصية

---

(١) في هامش (ك) : (بشرط أن يكون الشجر حياً ، وأن يقصد للدوام ، فالشتل الذي يراد نقله لا شفعة فيه) .

(٢) في هامش (ك) : (ولو مفتاحاً) .

(٣) في هامش (ك) : (أصحهما : دخوله ؛ لأنه لم يدخل في البيع تبعاً) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٥) في هامش (ك) : (ما تفقهه هو قضية تعليلهم) .

وَكَذَا ثَمَرَةٌ لَمْ تُؤَبَّرْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَىٰ سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ ، . . . .

الشافعي رضي الله عنه : أنها تملك ، وروىٰ يزيد بن أبي حبيب : أنها صلح ، وكذلك قال الليث ، وكان له بها أراض وكان مالك وغيره يعيبون عليه ذلك ويرون أنها كسواد العراق .

فرع :

لو كان نصف الدار وقفاً فباع صاحب الطلق نصيبه . . فالأصح لا شفعة للموقوف عليه ؛ لأنه لا يملك الحصة الموقوفة فليس شريكاً ، فلو كانت أثلاثاً ثلثها وقف وثلثاها لاثنين فباع أحدهما نصيبه هل تثبت للآخر الشفعة؟ ينبغي أن يقال : إن جوزنا قسمة الوقف عن الملك ـ وهو اختيار الروياني والمصنف ـ . . تثبت الشفعة[1] ، وإن لم نجوز قسمة الوقف عن الملك ـ وهو المشهور ـ . . فلا شفعة ؛ لعظم موقع الضرر بالمقاسمة .

قال : (**وكذا ثمرة لم تؤبر في الأصح**) ؛ لأنه تبع الأصل في البيع فتبعه في الأخذ بالشفعة كالبناء والغراس .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يراد للتأبيد .

والثالث : إن بقي غير مؤبر إلىٰ حالة الأخذ . . أخذه ، وإلا . . فلا ؛ لخروجه عن أن يكون تابعاً .

واحترز بقوله : (لم تؤبر) عما إذا كان مؤبراً عند البيع ودخل بالشرط . . فإنه لا يؤخذ ؛ لانتفاء التبعية .

والزرع الذي يجز مرة بعد أخرىٰ ـ كالكراث ـ الجزة كالثمرة والأصول كالشجر .

قال : (**ولا شفعة في حجرة بنيت علىٰ سقف غير مشترك**) كما إذا كان السقف لثالث أو لأحدهما وحده ثم باع أحدهما سهمه من الحجرة ؛ لأنه لا قرار لها فهي كالمنقولات .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ ٱلْمَقْصُودَةُ ـ كَحَمَّامٍ وَرَحَىً ـ لاَ شُفْعَةَ فِيهِ فِي ٱلأَصَحِّ . ...

قال : (**وكذا مشترك في الأصح**) ؛ لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له في نفسه ، وما لا ثبات له في نفسه ، لا يفيد ثباتاً لما هو عليه .

والثاني : نعم ؛ للاشتراك في أرضها وجدرانها .

قال في « المطلب » : وهٰذا الفرع لا يعرف لغير الغزالي في « الوسيط » و« الوجيز » ولا ذكر له في غيرهما .

ولو كان السفل مشتركاً بين اثنين والعلو لأحدهما فباع صاحب العلو علوه مع نصيبه من السفل . . أخذ الشريك نصف السفل ، ولا يأخذ العلو ؛ لأنه لا شركة له فيه ، وقيل : يأخذه تبعاً .

قال : (**وكل ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة ـ كحمام ورحىً ـ لا شفعة فيه في الأصح**) الخلاف ينبني على المعنى المقتضي لثبوت الشفعة هل هو سوء المشاركة؟ أو مؤنة الاستقسام ومعناه ما ينشأ عن القسم من مؤنة وأفراد ما يصير إليه بالمرافق وهٰذا هو الأصح ، فإن قلنا بالأول . . ثبتت الشفعة في كل عقار ، وإن قلنا بالأصح . . لم تثبت إلا فيما يجبر الشريك فيه على القسمة .

ومراده بـ(الحمام والرحىٰ) الصغيران كما ذكره في (باب القسمة) واكتفىٰ بدلالة كلامه عليه وبأن الغالب فيهما عدم الانقسام .

وإنما يقسم الحمام إذا كانت بيوته كبيرة بحيث يجيء منه حمامان .

وقد سبق أن الحمام يذكر وجمعه حمامات ، والرحىٰ جمعه أرحٍ .

فرع :

شريكان في مزارع قابلة للقسمة وفيها بئر ، ولا يمكن انقسام المزارع دونها ، فإن باع أحدهما نصيبه . . تثبت الشفعة لشريكه إن انقسمت البئر ، وإلا . . فتثبت في المزرعة ، وهل تثبت في البئر؟ وجهان :

أحدهما : نعم كتبعية الشجر للأرض .

وأصحهما : لا .

وفرقوا بأن الأشجار ثابتة في محل الشفعة والبئر بعيدة عنه .

قال الشيخ : وهٰذا يقتضي أن تكون صورة المسألة أن لا تكون البئر في المزرعة ، فإن كانت فيها . . ثبتت الشفعة في جميع الأرض أصالة ، وفي بناء البئر تبعاً وإن كانت لا تنقسم ؛ لأنها في محل الشفعة[1] .

قال : (**ولا شفعة إلا لشريك**) سواء كان معيناً أم لا ، كما إذا كان لجهة كبيت المال فباع الشريك . . فللإمام الأخذ بالشفعة إذا كان فيه مصلحة ؛ لعموم الأدلة .

وكذلك إذا كان لجهة خاصة كمسجد أو رباط بحيث يجوز بيعه عند الحاجة أو المصلحة .

فإذا باع الشريك حصته . . كان للناظر فيه الأخذ بالشفعة إذا رآه مصلحة ، أما الجار . . فلا شفعة له ملاصقاً كان أو غيره ؛ للأحاديث السابقة ، وبهٰذا قال مالك وأحمد وأكثر أهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وأهل الكوفة : تثبت للجار الملاصق ، وكذا المقابل إن لم يكن الطريق بينهما نافذاً .

وخرج ابن سريج قولاً : إنها تثبت للجار الملاصق دون المقابل ، واختاره الروياني ، وعزاه بعضهم إلى القديم .

والحق : أن جميع ذلك لم يثبت ، بل هو خروج عن المذهب .

ودخل في قوله : (لشريك) الحر والمكاتب والمسلم والذمي وهو كذلك بالاتفاق .

وخرج : الموقوف عليه ؛ فإنه لا يأخذ بالشفعة وإن ملكناه في الأصح لأنه ملك ناقص .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ بَاعَ دَاراً وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا . . فَلاَ شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا ، وَٱلصَّحِيحُ : ثُبُوتُهَا فِي ٱلْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى ٱلدَّارِ ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ بَابٍ إِلَىٰ شارِعٍ ، . .

فروع :

الأصح في زوائد « الروضة » : أن قضاء الحنفي بشفعة الجوار لا ينقض ؛ للأحاديث الدالة له ، وإذا حكم الحنفي بها لشافعي . . ففي الحل باطناً خلاف لم يصحح الرافعي هنا ولا في (القضاء) شيئاً ، والصحيح في (باب دعوى الدم والقسامة) : الحل ، وفي (كتاب الدعاوىٰ) وفي « شرح المسند » : وهو المعتمد[1] .

وإذا كانت بينهما دار ومات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه . . فلا شفعة للحمل ، فإن كان له وارث غير الحمل . . فله الشفعة ، وإذا انفصل حياً . . لم يكن لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث .

وإذا باع الوصي أو القيم شقص صبي وهو شريكه . . لا شفعة له أيضاً على الأصح ؛ لأنه لو تمكن منه لم يؤمن أن يسامح في الثمن ، ولهـٰذا لا يبيعه مال نفسه ، أما إذا اشترىٰ شقصاً للطفل وهو شريكه في العقار . . فله الشفعة على الأصح ؛ إذ لا تهمة .

وقيل : لا ؛ لأن الشراء والأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير نفع له .

قال : (**ولو باع داراً وله شريك في ممرها . . فلا شفعة له فيها**) ؛ لأنه لا شركة له في الدار .

وخرج ابن سريج قولاً : إنها تثبت ؛ لأنه شريك في الممر وبه قال أبو حنيفة ومالك .

قال : (**والصحيح : ثبوتها في الممر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكن فتح باب إلىٰ شارع**) ؛ لأنه لا ضرر على المشتري في الأخذ حينئذ .

وهـٰذا إذا كان قابلاً للقسمة ، وإلا . . فعلى الخلاف في غير المنقسم .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال) .

وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكاً لاَزِماً مُتَأَخِّراً عَنْ مِلْكِ ٱلشَّفِيعِ ، . . . .

والثاني : إن كان في اتخاذ الممر الحادث عسر أو مؤنة لها وقع . . وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الآتي .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : إن لم يكن للمشتري طريق آخر إلى الدار ولا أمكن فتح باب إلىٰ شارع . . فلا تثبت الشفعة في الأصح ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري .

والثاني : تثبت الشفعة لأهل الممر ، والمشتري هو الذي أضر نفسه حيث اشترىٰ مثل هـٰذه الدار ، وهـٰذا يصحح بيع دار لا ممر لها .

والثالث : أنه يقال لهم : إن أخذتموه علىٰ أن تمكنوا المشتري من المرور . . فلكم الأخذ ، وإن أبيتم تمكينه منه . . فلا شفعة لكم جمعاً بين الحقين ، وهـٰذا يبطل بيع دار لا ممر لها .

كل هـٰذا عند ضيق الممر ، فإن اتسع وأمكن منه ممر للمشتري . . ثبت في الباقي قطعاً ، وفيما لا يتأتى المرور به الأوجه .

قال : (**وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع**) فلا تثبت في الشقص المملوك بغير معاوضة ، وتثبت في المملوك بالمعاوضة سواء كانت محضة أو غير محضة .

واحترز عن المملوك بالإرث والهبة والوصية والفسخ فإنه لا يؤخذ بالشفعة ؛ لأن الوارث لم يدخل على الشريك ضرراً ، والمتهب والموصىٰ له في معناه فإنهما ملكا من غير عوض ، فإن اقتضت الهبة الثواب . . فالأصح ثبوت الشفعة فيها ، والعائد بالفسخ لا شفعة فيه .

وصورته : أن يعلم الشفيع بالبيع ولم يأخذ ، ثم يحصل الفسخ فيه بعيب أو إقالة أو فلس ونحو ذلك ، فإن لم يعلم بالبيع إلا بعد حصول الفسخ . . جاز أن يرد الفسخ ويأخذ بالعقد السابق .

واحترز بقوله : (متأخراً عن ملك الشفيع) عما سيأتي فيما إذا اشترى اثنان داراً أو بعضها .

كَمَبيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ ، وَنُجُومٍ وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ . . . . . .

قال : (كمبيع) مثال لما ملك بمعاوضة محضة ، وتعبيره بـ(المبيع) بالميم أصوب من تعبير « المحرر » بدونها ؛ لأن الشرط الواقع في عقد البيع قد يكون في المبيع وقد يكون في الثمن المعين .

قال : (ومهر) مثال لغير المحضة ؛ لأنه عوض النكاح .

وقال أبو حنيفة : لا تثبت فيه الشفعة ؛ لأنه إباحة ، لأن المرأة لو وطئت بشبهة . . فالمهر لها لا للزوج .

وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه إنما كان لها لأن الزوج إنما تملك منافع البضع بالاستيفاء فقط .

قال : (وعوض خلع وصلح دم) ؛ لأن عوض الخلع كالمهر ، والصلح عن الدم معاوضة غير محضة .

أما الصلح عن أرش الجنايات ـ إذا صححناه ـ . . فهو معاوضة محضة تثبت فيها الشفعة .

قال : (ونجوم) : أي وعوض نجوم ، والمراد : أنه كاتبه علىٰ نجوم وملك بعد ذلك شقصاً تصدق به عليه ، أو وهب منه ، أو اشتراه وعفا الشريك عن شفعته حينئذ فدفع الشقص إلى السيد عن نجومه وحينئذ هي معاوضة محضة ، وليس المقصود أن الكتابة وردت على الشقص ؛ لأن عوض الكتابة لا يكون إلا منجماً .

لكن سيأتي في الكتابة أنه لا يصح الاعتياض عن النجوم في الأصح[1] ، وجزم به في الكتاب ، والمذكور في « الروضة » و« المنهاج » و« أصلهما » مفرع علىٰ وجه ضعيف هناك ، لكن الشيخ صحح الصحة وعضده بنص الشافعي صريحاً وبكلام ابن الصباغ والمحاملي والماوردي ، وتعجب من تصحيح الرافعي المنع كما سيأتي .

قال : (وأجرة) ؛ لأنها يصح الاعتياض عنها .

قال : (ورأس مال سلم) ؛ لأنه في معناه ، فإن اشترىٰ شقصاً ثم قايل البائع فإن

---

(١) في هامش (ك) : (وهو المعتمد) .

وَلَوْ شُرِطَ فِي ٱلْبَيْعِ ٱلْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ . . لَمْ يُؤْخَذْ بِٱلشُّفْعَةِ حَتَّىٰ يَنْقَطِعَ ٱلْخِيَارُ ، وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا : ٱلْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، .

جعلنا الإقالة بيعاً . . فكما لو باعه ، وإن جعلناها فسخاً . . فكما لو رده بعيب[1] ، وسيأتي حكمهما .

وإذا جعل الشقص جعلاً لمن يعمل له عملاً . . جاز أخذه بالشفعة .

ثم قوله : (ورأس مال سلم) يتعين عطفه علىٰ مبيع ؛ لأن المقصود أن يكون الشقص رأس مال سلم ، ولا يجوز أن يقدر : (وعوض رأس مال سلم) ؛ لأن رأس مال السلم لا يعتاض عنه .

ولو قال لمستولدته : إن خدمت أولادي شهراً بعد موتي . . فلك هـٰذا الشقص ، فخدمتهم . . استحقته ولا شفعة فيه في الأصح ؛ لأنه وصية .

فرع :

اشترىٰ شقصاً وأوصىٰ به ومات وطالب الشفيع . . فهو أولىٰ من الموصىٰ له ، فإذا أخذ . . سقط حق الموصىٰ له به وكان الثمن للورثة ؛ لأنه أوصىٰ بالشقص لا بعوضه ، ويخالف ما لو أوصىٰ لإنسان بعين ثم أتلفت . . فالقيمة للموصىٰ له ؛ لأن القيمة بدلها ، وما يؤخذ من الشفيع ليس بدل الشقص ، ولـٰكنه بدل الثمن المبذول ولا حق للموصىٰ له فيه .

قال : (**ولو شرط في البيع الخيار لهما أو للبائع . . لم يؤخذ بالشفعة حتىٰ ينقطع الخيار**) ؛ لما فيه من قطع خيار البائع ، سواء حكمنا بانتقال الملك أم لا .

ولو عبر بـ(لو ثبت) . . كان أولىٰ ؛ ليشمل خيار المجلس فإنه كخيار الشرط في هـٰذا الحكم .

وقوله : (لهما) لم يذكره في « المحرر » وحذفه أولىٰ ؛ لأن المانع ثبوته للبائع .

قال : (**وإن شرط للمشتري وحده . . فالأظهر : أنه يؤخذ إن قلنا : الملك للمشتري**) ؛

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَلَوْ وَجَدَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلشِّقْصِ عَيْباً وَأَرَادَ رَدَّهُ بِٱلْعَيْبِ وَأَرَادَ ٱلشَّفِيعُ أَخْذَهُ وَيَرْضَىٰ بِٱلْعَيْبِ . . فَٱلأَظْهَرُ : إِجَابَةُ ٱلشَّفِيعِ . . . .

لأنه لا حق فيه لغيره(١) .

والثاني : لا يؤخذ ؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد والأخذ يؤدي إلىٰ لزومه ، وقد يقال : هـٰذا يعكر علىٰ قوله أولاً : (ملكاً لازماً) وكذا مسألة الرد بالعيب الآتية ، اللهم إلا أن يقال : مراده لازماً من جهة البائع ، لـٰكن فيه تعسف .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : إذا قلنا : الملك للبائع أو موقوف . . لا يؤخذ بالشفعة حتىٰ ينقضي الخيار ؛ لأنه إنما يؤخذ من المشتري ، وقيل : يؤخذ لانقطاع سلطنة البائع .

فرع :

ليس القبض شرطاً في ثبوتها ، بل له المطالبة قبله اتفاقاً ، ولـٰكن هل يجبر المشتري على القبض ويأخذ منه ، أو يأخذ من يد البائع ويقوم قبضه مقام قبض المشتري؟ فيه وجهان(٢) .

قال : (**ولو وجد المشتري بالشقص عيباً وأراد رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضىٰ بالعيب . . فالأظهر : إجابة الشفيع**) ؛ لأن حقه سابق علىٰ حق المشتري فإنه ثابت بالبيع ، ولأن غرض المشتري الوصول إلى الثمن وهـٰذا حاصل بأخذ الشفيع .

والثاني : إجابة المشتري ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد ، وكذلك الحكم إذا وجد البائع بالثمن المعين عيباً ، وعلى الأظهر : لو رده قبل المطالبة . . فللشفيع إبطال الرد وأخذه في الأصح .

و(الشقص) بكسر الشين : القطعة من الشيء .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الأصح : أن للشفيع تكليف المشتري قبض الشقص من البائع ، وله أيضاً أخذه من البائع ويقوم قبضه مقام قبض المشتري) .

وَلَوِ ٱشْتَرَى ٱثْنَانِ دَاراً أَوْ بَعْضَهَا . . فَلاَ شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى ٱلآخَرِ . وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي أَرْضٍ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلشَّرِيكَ لاَ يَأْخُذُ كُلَّ ٱلْمَبِيعِ ، بَلْ حِصَّتَهُ . وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي ٱلتَّمَلُّكِ بِٱلشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ وَلاَ إِحْضَارُ ٱلثَّمَنِ وَلاَ حُضُورُ ٱلْمُشْتَرِي . . . .

فرع :

تصح المقايلة بين الشفيع والمشتري بعد الأخذ كما في البيع ، ولا تصح بين الشفيع والبائع[1] .

قال : (**ولو اشترى اثنان داراً أو بعضها . . فلا شفعة لأحدهما على الآخر**) ؛ لأنهما مستويان في وقت حصول الملك ، وهـٰذه المسألة هي التي احترز عنها بقوله : (متأخراً عن ملك الشفيع) وكان الصواب أن يقول : عن سبب ملك الشفيع .

قال : (**ولو كان للمشتري شرك في أرض . . فالأصح : أن الشريك لا يأخذ كل المبيع ، بل حصته**) وبه قال أبو حنيفة ومالك والمزني ؛ لأنه والمشتري شريكان فيستويان كما لو اشترىٰ أجنبي .

وصورة المسألة : دار بين ثلاثة أثلاثاً ، اشترىٰ أحدهم نصيب صاحبه . . فيأخذ الثالث السدس فقط ؛ لأنهما مستويان في الشركة ، والثاني يأخذ الجميع وهو الثلث ؛ لأن الشفعة تستحق عليه فلا يستحقها هو ، وهـٰذا رأي ابن سريج .

قال : (**ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم**) ؛ لثبوته بالنص .

قال : (**ولا إحضار الثمن**) قياساً على البيع .

قال : (**ولا حضور المشتري**) كالرد بالعيب ، وذهب الصعلوكي إلىٰ أن حضور المشتري أو وكيله شرط ، واستشكل في « المطلب » هـٰذا بما سيأتي بعد من أنه لا بد

---

(١) في هامش (ك) : (لعله بناه علىٰ ما لو باع المشتري العين أو وهبها أو أجرها . . لم يصح التقايل بينه وبين بائعه ، وهو أحد احتمالين : أوجههما : صحتها ؛ أخذاً بعموم قولهم : تصح الإقالة في إقالته ، وهو شامل للشرعي والحسي) .

وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ ٱلشَّفِيعِ كَتَمَلَّكْتُ أَوْ أَخَذْتُ بِٱلشُّفْعَةِ ، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ : إِمَّا تَسْلِيمُ ٱلْعِوَضِ إِلَى ٱلْمُشْتَرِي ، فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ ٱلْقَاضِي ٱلتَّسَلُّمَ . . مَلَكَ ٱلشَّفِيعُ ٱلشِّقْصَ . وَإِمَّا رِضَا ٱلْمُشْتَرِي بِكَوْنِ ٱلْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِمَّا قَضَاءُ ٱلْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

في التمليك مع اللفظ من أحد هـٰذه الأمور ثم قال : وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط وهـٰذا بعيد مع تكرار (لا) .

قال : (**ويشترط لفظ من الشفيع**) ؛ لما سبق في البيع من عدم الاكتفاء بالمعاطاة .

قال : (**كتملكت أو أخذت بالشفعة**) وكذا ما أشبههما مما يدل علىٰ ذلك ولهـٰذا قال الماوردي : الشفعة تثبت بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ .

قال : (**ويشترط مع ذلك : إما تسليم العوض إلى المشتري ، فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي التسلم**) أي : بضم اللام (. . **ملك الشفيع الشقص**) ؛ لأنه واصل لحقه في الحالة الأولىٰ ومقصر في الثانية .

قال : (**وإما رضا المشتري بكون العوض في ذمته**) ؛ لأنه معاوضة والملك فيها لا يتوقف على القبض .

وقيل : لا بد من القبض ؛ لأن رضى المشتري بدونه وعد .

قال : (**وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيملك به في الأصح**) ؛ لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم .

والثاني : لا يملك بذلك ؛ لأنه لم يرض بذمته ، وهـٰذا هو المقابل لقول المصنف : (فيملك به في الأصح) والمراد القضاء بثبوت حق الشفعة لا بالملك .

تنبيهات :

أحدها : أهمل الرافعي والمصنف شرطاً رابعاً في « الشرح » و« الروضة » وهو : إشهاد عدلين على الطلب واختيار الشفعة ، لـٰكن الأظهر في « الوجيز » عدم

وَلاَ يَتَمَلَّكُ شِقْصاً لَمْ يَرَهُ ٱلشَّفِيعُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

اشتراطه[1] ، ولم يفرقوا بين أن يقدر على الحاكم أم لا .

قال في « المطلب » : ولو قيد بحالة الفقد كما في مسألة هرب الجمال ونظائرها حيث تقام مقام القضاء . . لم يبعد[2] .

الثاني : يشترط في التمليك العلم بالثمن ولا يشترط ذلك في الطلب ، فلو قال الشفيع للمشتري : بكم اشتريت . . لم تبطل شفعته في الأصح ، وقطع العراقيون ببطلانها .

الثالث : إذا تملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول . . لم يكن له أن يتسلمه حتىٰ يؤدي الثمن وإن تسلمه[3] المشتري قبل أدائه ، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه ، وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التمليك . . أمهل ثلاثة أيام ، فإذا انقضت ولم يحضره . . فسخ القاضي تملكه .

وقيل : إذا قصر في الأداء . . بطل حقه وإن لم يوجد رفع إلى الحاكم .

وقيل : إن المشتري يفسخ .

وقيل : يحبس الشفيع حتىٰ يوفي الثمن .

قال : (**ولا يتملك شقصاً لم يره الشفيع على المذهب**) بناء علىٰ منع بيع الغائب ، وليس للمشتري منعه من الرؤية .

والطريقة الثانية : القطع بالمنع ؛ لأن شراء الغائب لا بد فيه من الخيار ، وإثباته هنا غير ممكن ؛ لأنه يؤخذ قهراً ، وفي « الوسيط » طريقة قاطعة بالصحة .

تتمة :

إذا استقرض من إنسان شقصاً . . فالقرض صحيح ، وللشفيع أخذه بالشفعة سواء

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وقد يفرق بأن الضرر هناك أشد منه هنا) .

(٣) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

فَصْلٌ :

إِنِ ٱشْتَرَىٰ بِمِثْلِيٍّ . . أَخَذَهُ ٱلشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ بِمُتَقَوَّمٍ . . فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ ٱلْبَيْعِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ ٱسْتِقْرَارِهِ بِٱنْقِطَاعِ ٱلْخِيَارِ ، . . . .

قلنا : المقرض يملك بالقبض أم بالتصرف ؛ لأنا وإن قلنا : يملك بالتصرف . . فإنا نحكم بانتقال الملك إليه قبل التصرف ، ووجهه أنه شقص ملكه بعوض فصار كما لو ملكه بالعقد .

قال : (**فصل** :

إن اشترىٰ بمثلي) كالنقدين والحبوب (. . **أخذه الشفيع بمثله**) ؛ لأنه لا جائز أن يأخذه بما يختاره هو من القدر لما فيه من الضرر بالمشتري ، ولا بما يختاره المشتري ؛ لما فيه من الضرر بالشفيع ، ولا بقيمة الشقص ؛ لأنها قد تكون أقل من الثمن فيتضرر المشتري وقد تكون أكثر فيتضرر الشفيع ، فيتعين الأخذ بالثمن ؛ لأنه الأعدل والأقرب إلىٰ حقه إلا ما حط عنه قبل اللزوم على الأصح ، فلو حط الجميع قبل اللزوم . . فلا شفعة على الأصح ؛ لانقضاء البيع .

فإن قدر المثل بمعياره الشرعي . . فذاك ، أو بغيره بأن اشترىٰ بألف رطل حنطة مثلاً فهل يأخذ بمثله كيلاً أو وزناً؟ صحح الشيخان في (باب القرض) الثاني ، وادعى ابن الرفعة أن الجمهور على الأول .

وإذا كان المثل منقطعاً وقت الأخذ . . عدل إلى القيمة كالغصب .

قال : (**أو بمتقوَّم**) كعبد وفرس (. . **فبقيمته**) ؛ لأنها مثل في المعنىٰ ، ولو ملك الشفيع المثل نفسه قبل الاطلاع ثم اطلع وأراد الأخذ . . قال في « المطلب » : يظهر أن يقال : يتعين الأخذ به[1] ، لا سيما إذا كان متقوماً ؛ لأن العدول عنه إنما كان للتعذر ، قال : وقد يقال بخلافه ؛ لما فيه من التضييق ، والشفعة شرعت للرفق .

قال : (**يوم البيع**) ؛ لأنه وقت وجوب الشفعة ، ولأن ما زاد زاد في ملك البائع .

قال : (**وقيل** : **يوم استقراره بانقطاع الخيار**) ؛ لأنه وقت استقرار الثمن إن قلنا :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ بِمُؤَجَّلٍ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي ٱلْحَالِ ، أَوْ يَصْبِرَ إِلَى ٱلْمَحِلِّ وَيَأْخُذَ . . . .

الملك لا ينتقل إلا به ، وهو الأصح .

وقيل : بأقل قيمة من العقد إلىٰ قبض البائع الثمن ، فلو اختلفا في قدر القيمة في ذلك الوقت . . صدق المشتري بيمينه ، قاله الروياني[١] .

قال : (**أو بمؤجل . . فالأظهر : أنه يتخير بين أن يعجل ويأخذ في الحال ، أو يصبر إلى المحل ويأخذ**) ؛ لأنا إن جوزنا له الأخذ بالمؤجل . . أضررنا بالمشتري ؛ لأن الذمم تختلف ، وإن ألزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال . . أضررنا بالشفيع ؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ، فكان ما قلناه دافعاً للضررين وجامعاً بين الحقين .

والثاني : يأخذ بقدره مؤجلاً تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري .

والثالث : يأخذه بعوض يساوي الثمن مؤجلاً ؛ لتعذر أخذه بحال ومؤجل ، فيتعين هـٰذا ؛ لأنه أقرب إلى العدل ، وهـٰذا هو الأقرب في « الوسيط » والأعدل في « النهاية » ، فإذا قلنا بالأول . . لم يبطل حقه بالتأخير ؛ لأنه تأخير بعذر ، وإذا قلنا بالأول فهل يجب إعلام المشتري بالطلب؟ فيه وجهان : أشهرهما في « الشرحين » : عدم الوجوب[٢] ، وانعكس التصحيح على المصنف فصحح في « أصل الروضة » الوجوب .

ولو حل الثمن على المشتري بموته . . لم يتعجل الأخذ على الشفيع ، بل هو علىٰ خيرته .

ولو اختار الصبر إلىٰ حلول الأجل ثم عن له أن يعجل ويأخذ . . قال في « المطلب » : يظهر أن له ذلك وجهاً واحداً[٣] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ. . أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ ٱلْقِيمَةِ ، وَيُؤْخَذُ ٱلْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا ، وَكَذَا بَدَلُ ٱلْخُلْعِ . . . .

ولو كان الثمن منجماً. . قال الماوردي : حكمه كالمؤجل[1] ، فللشفيع عند حلول النجم الأول تأخير الأخذ إلىٰ حلول الجميع وتعجيل كل الثمن ، ولا يجوز له عند حلول البعض أن يعطيه ويأخذ ما يقابله ؛ لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري .

قال : (**ولو بيع شقص وغيره. . أخذه بحصته من القيمة**) ؛ لوجود سبب الأخذ في الشقص دون غيره ، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت صفقته ؛ لدخوله فيها عالماً بالحال ، وطريق الأخذ أن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما يوم البيع ويأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، فإذا كانت قيمة الشقص مئة وقيمة المضموم إليه خمسين. . أخذ الشقص بثلثي الثمن ، فإذا اشتراهما بثلاث مئة مثلاً. . أخذه بمئتين أو بمئة. . أخذه بستة وستين وثلثين .

وفي المسألة وجه : أنه يأخذ الشقص بجميع الثمن ، حكاه الرافعي في (كتاب التفليس) .

قال الإمام : وهو قريب من خرق الإجماع .

ووجه آخر في « المطلب » : أنه يأخذهما معاً أو يتركهما معاً .

قال : (**ويؤخذ الممهور بمهر مثلها**) ؛ لأن البضع متقوم وقيمته مهر المثل .

قال : (**وكذا بدل الخلع**) كما إذا خالعها علىٰ شقص. . فالاعتبار بمهرها يوم النكاح ويوم الخلع ، وحكى المتولي وجهاً : أنه يأخذه بقيمة الشقص .

ولو متع المطلقة شقصاً. . أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر ؛ لأن المتعة هي التي وجبت بالطلاق والشقص عوض عنها .

وإذا صالح عليه عن الدم. . أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجناية[2] ، وفي

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (صوابه : يوم الصلح) .

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ بِجُزَافٍ وَتَلِفَ . . ٱمْتَنَعَ ٱلأَخْذُ ، فَإِنْ عَيَّنَ ٱلشَّفِيعُ قَدْراً وَقَالَ ٱلْمُشْتَرِي : لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ ٱلْقَدْرِ . . حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْراً . . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(الإجارة) بأجرة المثل ، وما أعطاه المكاتب عوضاً عن النجوم يأخذه الشفيع بمثل النجوم أو قيمتها[1] .

قال : (**ولو اشترىٰ بجزاف وتلف . . امتنع الأخذ**) ؛ لأن عدم العلم بالثمن يلحقه بالمعدوم فصار كالمملوك بالهبة ، ولو كان غائباً . . لم يكلف البائع إحضاره ولا الإخبار عن قدره ، وكذا لو اشترىٰ بمتقوم جهلت قيمته كفص ضاع أواختلط بغيره . . تعذر الأخذ أيضاً ، وعبارة المصنف لا تشمله فكان ينبغي أن يقول : (بجزاف أو مجهول) .

والجزاف تقدم في (باب الربا) أنه مثلث الجيم .

قال : (**فإن عين الشفيع قدراً وقال المشتري : لم يكن معلوم القدر . . حلف علىٰ نفي العلم**) أي : بذلك المقدار المدعىٰ به ؛ لأن الأصل عدم علمه به ، ولا يحلف أنه اشتراه بثمن مجهول ؛ لأنه قد يعلم بعد الشراء ، وقيل : لا يقنع منه بذلك بل يحلف على البت ، فإن أصر . . يجعل كالنكول ويحلف الشفيع .

وقوله : نسيت المقدار علىٰ هٰذا الخلاف .

قال : (**ولو ادعىٰ علمه**) أي : علم المشتري بمقدار الثمن فطالبه ببيانه (**ولم يعين قدراً . . لم تسمع دعواه في الأصح**) أي : حتىٰ يعين قدراً فيحلفه المشتري حينئذ أنه لا يعرف ؛ لأنه لم يدع حقاً له .

والثاني : أنها تسمع ؛ لأنه ـ وإن لم يكن حقاً ـ ينفع في الحق ، ونقله المتولي عن عامة الأصحاب[2] ، والرافعي نقل الأول عن « تصحيح البغوي » خاصة وهو المنصوص .

---

(١) في هامش (ك) : (علىٰ رأي مرجوح كما تقدم) .
(٢) في هامش (ك) : (وهو كذلك) .

وَإِذَا ظَهَرَ ٱلثَّمَنُ مُسْتَحَقّاً : فَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً . . بَطَلَ ٱلْبَيْعُ وَٱلشُّفْعَةُ ، وَإِلاَّ . . أُبْدِلَ وَبقِيَا . فَإِنْ دَفَعَ ٱلشَّفِيعُ مُسْتَحَقّاً . . لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ ، وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

أما إذا ادعى استحقاق الشفعة ولم يعين قدراً ولا وقتاً . . فمقتضىٰ كلامهم : أنها لا تسمع جزماً[١] .

ولو قامت بينة أن الثمن كان ألفاً وكفا من الدراهم دون المئة يقيناً وقال الشفيع : أنا أعطي ألفاً ومئة . . أفتى الغزالي بأن له الأخذ بذلك[٢] ، لـٰكن لا يحل للمشتري قبض تمام المئة ، وتوقف ابن أبي الدم في قبول هـٰذه الشهادة وبحث مع الغزالي فيها .

قال : (**وإذا ظهر الثمن مستحقاً : فإن كان معيناً . . بطل البيع والشفعة**) لعدم انتقال الملك سواء كان نقداً أو عرضاً ، لأن النقد عندنا يتعين بالعقد كالعرض خلافاً لأبي حنيفة .

قال : (**وإلا . . أبدل وبقيا**) أي : البيع والشفعة بحالهما ؛ لأن إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع ، فكان وجوده كعدمه ، وللبائع استرداد الشقص وحبسه إلىٰ أن يقبض الثمن .

وخروج الدراهم نحاساً كخروجها مستحقة .

ولو خرج الثمن رديئاً ورضي به البائع . . لم يلزم المشتري الرضا بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد .

قال : (**فإن دفع الشفيع مستحقاً . . لم تبطل شفعته إن جهل**) أي : استحقاق المدفوع ؛ لأنه معذور ، ويصدق بيمينه ؛ لأنه أمر باطن ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**وكذا إن علم في الأصح**) ؛ لأنه لم يقصر في الطلب والأخذ .

والثاني : تبطل شفعته ؛ لأنه أخذه بما لا يجوز الأخذ به كترك الشفعة مع القدرة عليها ، لأنه لا يملك بهـٰذا الأخذ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَتَصَرُّفُ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلشِّقْصِ ـ كَبَيْعٍ وَإِجَارَةٍ وَوَقْفٍ ـ صَحِيحٌ . وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لاَ شُفْعَةَ فِيهِ ـ كَٱلْوَقْفِ ـ وَأَخْذُهُ ، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ ـ كَبَيْعٍ ـ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِٱلْبَيْعِ ٱلثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ وَيَأْخُذَ بِٱلأَوَّلِ . . . .

والثالث : إن تملكه بعينه . . بطلت ، وإن قال : تملكته بألف مثلاً ، ثم أعطىٰ ذلك المستحق . . لم تبطل ، وإذا أبقينا حقه عالماً كان أو جاهلاً . . فهل نتبين أنه لم يملك بأداء الثمن المستحق ، أو نقول : ملكه والثمن دين عليه؟ وجهان : المفهوم من كلام الجمهور الأول[1] ، وتظهر فائدة الوجهين في الفوائد كالأجرة والثمرة .

قال : (**وتصرف المشتري في الشقص ـ كبيع وإجارة ووقف ـ صحيح**) كتصرف الولد في العين الموهوبة ، والزوجة في الصداق قبل الدخول ، والبائع في ثمن العين المعيبة .

وقال ابن سريج : لا يصح كالمرهون والجاني ، وكتصرف الورثة في التركة قبل وفاء الدين .

قال : (**وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه ـ كالوقف ـ وأخذه**) ؛ لأن حقه سابق علىٰ هـٰذا التصرف ، وحكم جعله مسجداً كالوقف صرح به ابن الصباغ .

ويؤخذ منه : صحة وقف المشاع مسجداً ، وبه أفتى ابن الصلاح[2] كما سيأتي في بابه .

قال : (**ويتخير فيما فيه شفعة ـ كبيع ـ بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقضه ويأخذ بالأول**) ؛ لأن كلاً منهما صحيح ، وربما كان الثمن في أحدهما أقل أو من جنس هو عليه أيسر .

وقيل : ليس له نقض شيء من تصرفات المشتري ، بل تتجدد له الشفعة إن كان التصرف الثاني يثبتها كالبيع .

وقيل : لا نقض ولا تجديد .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : أن لم يتملك بعينه وإلا . . احتاج إلىٰ تملك جديد) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوِ ٱخْتَلَفَ ٱلْمُشْتَرِي وَٱلشَّفِيعُ فِي قَدْرِ ٱلثَّمَنِ . . صُدِّقَ ٱلْمُشْتَرِي ، وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ ٱلشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ ٱلطَّالِبِ شَرِيكاً ؛ فَإِنِ ٱعْتَرَفَ ٱلشَّرِيكُ بِٱلْبَيْعِ . . فَٱلأَصَحُّ : ثُبُوتُ ٱلشُّفْعَةِ ، وَيُسَلَّمُ ٱلثَّمَنُ إِلَى ٱلْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ ، . . . .

وقيل : لا ينقض الوقف وينقض ما عداه .

والمراد بالنقض : إبطاله بالأخذ لا أنه يحتاج إلىٰ لفظ قبله[1] .

قال : (**ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن . . صدق المشتري**) أي : بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره من الشفيع ، والأصل بقاء ملكه ، فإذا حلف . . تخير المشتري بين الأخذ بما حلف عليه وبين الترك ، وإن نكل . . حلف الشفيع علىٰ ما ادعاه وأخذ به ، وكذا لو كان الثمن عرضاً فتلف واختلفا في قيمته .

هٰذا إذا لم تكن بينة ، فإذا أقام أحدهما بينة . . قضي بها ، ويقبل رجل وامرأتان وشاهد ويمين .

قال : (**وكذا لو أنكر الشراء**) بأن قال : ورثته أو اتهبته (**أو كون الطالب شريكاً**) ؛ لأن الأصل عدمهما ، ويحلف علىٰ نفي العلم بشركته لا علىٰ نفي شركته ، فإن نكل . . حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة .

قال : (**فإن اعترف الشريك بالبيع . . فالأصح : ثبوت الشفعة**) ؛ لأن إقراره يتضمن ثبوت حق المشتري وحق الشفيع ، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري ، كما لا يبطل حق المشتري بإنكار الشفيع .

والثاني : لا تثبت ؛ لأن الشفيع يأخذ من المشتري ، فإذا لم يثبت الشراء . . لم يثبت ما يترتب عليه .

والثالث : إن اعترف بقبض الثمن . . لم تثبت ؛ لأن الشفيع لا يأخذ إلا بالثمن ، ولا يمكن صرفه إلى المشتري ولا إلى البائع ، وإن لم يعترف بقبضه . . ثبتت .

قال : (**ويسلم الثمن إلى البائع إن لم يعترف بقبضه**) ؛ لأنه تلقى الملك منه ، لٰكن في كيفية تسليمه وجهان :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنِ ٱعْتَرَفَ : فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ ٱلشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ ٱلْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ ؟ . . فِيهِ خِلاَفٌ سَبَقَ فِي ٱلإِقْرَارِ نَظِيرُهُ . وَلَوِ ٱسْتَحَقَّ ٱلشُّفْعَةَ جَمْعٌ . . أَخَذُوا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْحِصَصِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى ٱلرُّؤُوسِ . . . .

أصحهما : أن الشفيع يسلمه بنفسه إليه ويقبضه منه ، ويملك بذلك ولا يحتاج إلىٰ حاكم .

والثاني : ينصب القاضي أميناً يقبض الثمن من الشفيع للمشتري ، قال صاحب « الذخائر » : ويحتمل أن يقال للبائع : إما أن تقبض وإما أن تبرىء .

قال : (**وإن اعترف**) أي : البائع بقبض الثمن (**فهل يترك في يد الشفيع أم يأخذه القاضي ويحفظه؟ . . فيه خلاف سبق في الإقرار نظيره**) وتقدم أنه يقر في يد المقر على الأصح .

قال ابن الرفعة : وهـٰذا يقتضي حصول الملك للشفيع والقدرة على التصرف في الشقص ، وهو يخالف ما تقدم من توقف التصرف علىٰ تسليم الثمن لأجل حق الحبس ، قال : والذي يظهر : الوجه الثاني القائل بأخذ القاضي الثمن[1] .

وقول المصنف : (أم يأخذه) الصواب أو يأخذه ؛ لأن (أم) بعد (الهمزة) و(أو) بعد (هل) ، وسيأتي مثل هـٰذا في (الوصايا) إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**ولو استحق الشفعة جمع . . أخذوا علىٰ قدر الحصص**) وبه قال مالك وأحمد ؛ لأن الشفعة من مرافق الملك فتقدر بقدر الملك ككسب العبد والنتاج والثمار ، وكما لو قال مالكان لعبد آبق ـ وملكهما فيه مختلف ـ لرجل : إن رددته . . فلك دينار ، فإنه يأخذه علىٰ قدر حصتي الملك لا على التسوية .

قال : (**وفي قول : على الرؤوس**) ؛ لأن الشارع أناطها باسم الشركة وهو في الجميع سواء ، لأنها تشبه أجرة الكاتب إذا كتب الصك لشركاء مختلفي الحصص ، وإلىٰ هـٰذا القول ذهب أبو حنيفة ، وهو مذهب الشافعي[2] فإنه صرح في « الأم »

---

(١) في هامش (ك) : (قال الإسنوي : فإن فرض في هـٰذه المسألة حصول الملك بسبب آخر كالقضاء . . استقام) .

(٢) في هامش (ك) : (تبع في هـٰذا شيخه الإسنوي ، وهو مردود) .

وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ ٱلشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لِآخَرَ . . فَٱلشُّفْعَةُ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ ٱلْقَدِيمِ ، . . . .

باختياره ونص عليه في « المختصر » أيضاً ، واختاره المزني وابن الرفعة والشيخ .

ونظير المسألة : ما لو استؤجر لحمل شيء مشترك متفاوت ، وإذا استؤجر لقسمة مال مختلف كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالىٰ .

فرعان :

أحدهما : مات الشفيع عن ابن وزوجة . . ورثا حق الشفعة ، وفي كيفية إرثهما طرق :

أصحها : علىٰ قدر الميراث .

والثاني : القطع بالتسوية .

والثالث : على القولين .

والخلاف يلتفت إلىٰ أن ورثة الشفيع هل يأخذون لأنفسهم أو للمورث ثم يتلقون عنه؟ فإن قلنا : يأخذون لأنفسهم . . عاد القولان ، وإن قلنا : للميت . . قطعنا بالأخذ علىٰ قدر الميراث .

الثاني : مات مالك الدار عن ابنين ، ثم مات أحدهما وله ابنان ، ثم باع أحد الابنين نصيبه فقولان :

القديم : أن الأخ يختص بالشفعة ؛ لأن ملكه أقرب إلىٰ ملك أخيه .

والجديد : الصحيح أن الأخ والعم يشتركان ؛ لأن النظر في الشفعة إلى الملك لا إلىٰ سببه ، وعلىٰ هـٰذا هل يأخذان بالسوية أو علىٰ قدر الحصص؟ فيه القولان[١] .

قال : (**ولو باع أحد الشريكين نصف حصته لرجل ثم باقيها لآخر . . فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم**) ؛ لأنه ليس معه في حالة بيعه شريك إلا البائع ، والبائع لا يتصور أن يأخذ ما باعه بالشفعة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ عَفَا عَنِ ٱلنِّصْفِ ٱلأَوَّلِ . . شَارَكَهُ ٱلْمُشْتَرِي ٱلأَوَّلُ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلثَّانِي ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ . . سَقَطَ حَقُّهُ ، وَيُخَيَّرُ ٱلآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ ٱلْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ ٱلاقْتِصَارُ عَلَىٰ حِصَّتِهِ ، . . . .

قال : (**والأصح : أنه إن عفا**) أي : الشريك القديم (**عن النصف الأول . . شاركه المشتري الأول في النصف الثاني**) ؛ لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية واستقر بعفو الشريك القديم عنه ، فكان للمشتري الأول مقاسمة الشريك القديم في الشفعة كسائر الشركاء .

والثاني : يختص به الشريك الأول .

والثالث : يشترك فيه الأول والثاني .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذي اشتراه الأول بل أخذه منه . . لم يشارك الأول القديم لزوال ملكه .

وصورة المسألة : دار بين زيد وعمرو نصفين ، باع زيد نصف حصته ـ وهو الربع ـ لبكر ، ثم الربع الباقي لخالد . . فلا خلاف أن الشفعة لعمرو فيما اشتراه بكر ، ولا مشاركة لخالد فيه ؛ لتأخر ملكه ، وأما الذي اشتراه خالد . . ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن عمراً وبكراً يشتركان فيه لاشتراكهما في الملك .

والثاني : يختص به عمرو لسبقه .

والثالث ـ وهو الأصح المذكور في الكتاب ـ : أن عمراً يختص به إن لم يكن عفا عن الأول ، وإن كان قد عفا . . شاركه بكر فيه ؛ لأن بعفوه استقر ملك بكر ، وإذا لم يعف وأخذ . . زال ملك بكر .

قال : (**والأصح : أنه لو عفا أحد شفيعين . . سقط حقه**) قياساً علىٰ سائر الحقوق المالية .

قال : (**ويخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه**) كالمنفرد (**وليس له الاقتصار علىٰ حصته**) ؛ لأن أخذ البعض إضرار .

والثاني : يسقط حقهما جميعاً كالقصاص .

وَأَنَّ ٱلْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ . . سَقَطَ كُلُّهُ . وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ ٱلْجَمِيعِ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِذَا حَضَرَ ٱلْغَائِبُ . . شَارَكَهُ ، . . . .

والثالث : لا يسقط حق واحد منهما تغليباً للثبوت .

والرابع : يسقط حق العافي ولصاحبه القسط فقط ؛ لأنه الذي أسقط الضرر عن نفسه.

هٰذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء ، فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين فعفا أحدهما فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها أو كثبوتها لاثنين عفا أحدهما؟ وجهان : أصحهما : الثاني .

ولو كان للشقص شفيعان فمات كل عن ابنين ، فعفا أحدهم عن حقه . . فقيل : يسقط الجميع .

وقيل : يبقى الجميع للأربعة .

وقيل : يسقط حق العافي وأخيه ويأخذ الآخران .

والرابع : يسقط حق العافي إلى الثلاثة ، فيأخذون الشقص أثلاثاً .

والخامس : يستقر حق العافي للمشتري ويأخذ الثلاثة ثلاثة أرباع الشقص .

والسادس : ينتقل حق العافي إلىٰ أخيه فقط .

قال المصنف : قلت : أصحها الرابع .

قال : (**وأن الواحد إذا أسقط بعض حقه . . سقط كله**) كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه .

والثاني : لا يسقط شيء ؛ لتعذر التبعيض كما لو عفا عن بعض حد القذف .

والثالث : يسقط ما أسقطه ويبقى الباقي ؛ لأنه حق مالي قابل للانقسام .

قال : (**ولو حضر أحد شفيعين . . فله أخذ الجميع في الحال ، فإذا حضر الغائب . . شاركه**) ؛ لأن الحق لكل منهما على الكمال ، فلو أراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط ، فإن لم يوافقه المشتري . . لم يكن له ذلك قطعاً ؛ لضرر التفريق ، وإن وافقه . . فالمتجه المنع أيضاً[1] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ ٱلأَخْذِ إِلَىٰ قُدُومِ ٱلْغَائِبِ . وَلَوِ ٱشْتَرَيَا شِقْصاً . . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ وَاحِدٌ مِنَ ٱثْنَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ ٱلْبَائِعَيْنِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فلو كانوا ثلاثة فحضر واحد . . أخذ الجميع ، ثم حضر آخر . . أخذ منه النصف بثمن المثل[1] ، وإذا حضر الثالث . . أخذ من كل منهما ثلث ما بيده ، وله أن يأخذ من أحدهما فقط كما للشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين كما سيأتي .

ولو قال الحاضر : لا آخذ إلا قدر حصتي . . بطل حقه إذا قدم الغائب ؛ لأن الشفعة إذا أمكن أخذها . . فالتأخير تقصير مفوت بخلاف نظيره في القسامة .

قال : (**والأصح : أن له تأخير الأخذ إلىٰ قدوم الغائب**) ؛ لأن له غرضاً ظاهراً في أن لا يؤخذ منه ما أخذه .

والثاني : لا ؛ لتمكنه من الأخذ ، وصححه الماوردي .

وإذا عفا الحاضر ثم مات الغائب فورثه الحاضر . . فله أخذ الشقص كله بالشفعة على الأصح ، وما أخذه الحاضر من الفوائد واستوفاه من المنافع لا يزاحمه فيه الغائب على الأصح .

قال : (**ولو اشتريا شقصاً . . فللشفيع أخذ نصيبهما ونصيب أحدهما**) ؛ إذ لا تفريق عليه ، سواء قلنا : الصفقة متحدة أم متعددة .

قال : (**ولو اشترىٰ واحد من اثنين . . فله أخذ حصة أحد البائعين في الأصح**) ؛ لأن الصفقة متعددة ، فأشبه ما إذا باع كل واحد نصيبه من اثنين صفقة واحدة .

والثاني : لا ؛ لأن المشتري ملك الجميع بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه .

فلو باع اثنان نصيبهما من اثنين . . فالصفقة نازلة منزلة أربعة عقود ، فللمشتري أن يأخذ ما شاء ، وقد تقدم قبيل (باب الخيار) أن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعاً وبتعدد المشتري على الأصح ، وهنا عكس ذلك : القطع بالتعدد بتعدد المشتري والخلاف في تعدد البائع .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : وهو نصف الثمن) .

وَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلشُّفْعَةَ عَلَى ٱلْفَوْرِ . . . .

ولو وكلا وكيلاً أو وكيلين . . فقد سبق أن الاعتبار بالعاقد في الأصح .

ولو باع شقصين من دارين صفقة ، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الآخر . . فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه وافقه الآخر في الأخذ أم لا ، وإن كان شفيعهما واحداً . . جاز أيضاً على الأصح .

قال : (**والأظهر : أن الشفعة على الفور**) ؛ لأنه حق خيار في البيع ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب ، ولظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة لمن واثبها »[1] أي بادرها .

والمراد بـ(الشفعة) : طلبها وإن تأخر الملك ، وقد قاسوا خيار الرد بالعيب في بابه على الشفعة .

واستدل صاحب « المهذب » وغيره للفور بحديث : « الشفعة كحل العقال » وهو في « سنن ابن ماجه » [٢٥٠٠] و« مسند البزار » بإسناد ضعيف ، وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال أبو زرعة : إنه منكر ، وقال البيهقي : غير ثابت[2] .

وإنما يكون حق الطلب على الفور إذا علم بالبيع ، فإن لم يعلم . . فحقه باق وإن مضت أعوام .

والمراد بـ(الفور) : حال اطلاعه على البيع ما لم يفارق مجلسه[3] ، فلو رفع الأمر إلى الحاكم وترك المشتري مع حضوره بالبلد . . جاز .

والقول الثاني ـ ونقله في « الذخائر » عن حرملة ، والبندنيجي عن « سنن الطحاوي » عن خاله المزني ـ : أنها إلىٰ ثلاثة أيام ؛ لأنه قد يحتاج فيها إلىٰ نظر وتأمل .

قال الشافعي رضي الله عنه : (وهـٰذا القول قلته استحساناً من غير أصل يعتمد) فيؤخذ من هـٰذا أنه قال بالاستحسان الذي قاله أبو حنيفة .

(١) ذكره عبد الرزاق (١٤٤٠٦) من قول شريح ، وانظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٦) .

(٢) انظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٥٦) .

(٣) في هامش (ك) : (قوله : « ما لم يفارق مجلسه » رأي مرجوح) .

فَإِذَا عَلِمَ ٱلشَّفِيعُ بِٱلْبَيْعِ . . فَلْيُبَادِرْ عَلَى ٱلْعَادَةِ ، فَإِنْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ غَائِباً عَنْ بَلَدِ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفاً مِنْ عَدُوٍّ . . فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ ، وَإِلاَّ . . فَلْيُشْهِدْ عَلَى ٱلطَّلَبِ ، .

والثالث : يمهل إلىٰ أن تمضي مدة التدبر في مثل ذلك الشقص ، ويختلف باختلاف المأخوذ .

والرابع : يمتد إلى التصريح بالإسقاط كحق القصاص .

والخامس : على التأبيد ما لم يصرح بالإبطال أو يأتي بما يدل عليه كقوله : بعه لمن شئت أو هبه له ، واختاره الشيخ ؛ إذ لا دليل يدل على الفور ولا علىٰ ثلاثة أيام .

وقيل : له الطلب ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر ، حكاه في « الكفاية » .

وعن مالك رواية : أنه إلىٰ سنة .

وإذا قلنا بالتراخي . . فللمشتري ـ على الراجح ـ إلزامه بالعفو أو الأخذ .

ويستثنىٰ من اشتراط الفور ما تقدم في الثمن المؤجل ، وانتظار الشريك ، وانتظار إدراك الزرع خلافاً للإمام .

وإذا توارى المشتري بالبلد أو تعزز أو غاب غيبة قريبة وامتنع من الحضور إلى الحاكم . . قضى الحاكم عليه بالشفعة كسائر أنواع القضاء على الغائب في الأموال وحقوقها إذا اجتمعت شروط الحكم .

قال : (**فإذا علم الشفيع بالبيع . . فليبادر على العادة**) فلا يكلف الإسراع ، بل يرجع فيه إلى العرف ، فما يعد تقصيراً وتوانياً في الطلب . . يسقط الشفعة ، وما لا . . فلا كالرد بالعيب .

قال : (**فإن كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري أو خائفاً من عدو . . فليوكل إن قدر ، وإلا . . فليشهد على الطلب**) بحسب الطاقة ، قال الروياني : ولا يكفي شاهد ليحلف معه ، وقال في « المطلب » : لا يبعد الاكتفاء به[1] .

والمراد بـ(المرض) : ما يمنع السعي ، وإلا . . فليس بعذر كالصداع اليسير .

---

(١) في هامش (ك) : (قلت : وهو قياس ما قاله في الرد بالعيب ، وقال الزركشي : إنه الأقرب ، وبه جزم ابن كج في « التجريد ») ورمز له بالصحة .

فَإِنْ تَرَكَ ٱلْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . . بَطَلَ حَقُّهُ فِي ٱلْأَظْهَرِ . فَلَوْ كَانَ فِي صَلاَةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ . . فَلَهُ ٱلإِتْمَامُ . . . .

والمحبوس ظلماً أو بدين وهو معسر وعاجز عن النفقة كالمريض ، وإن حبس بحق وهو مليء . . فهو غير معذور .

وهل المراد مطلق الغيبة أو البعيدة أو من دون مسافة العدوىٰ؟ لا نقل فيه ، والأشبه : أنه لا فرق[1] .

وإذا وكل لا يشترط في الموكل أن يعرف قدر الثمن حين التوكيل خلافاً للعبادي .

قال : (**فإن ترك المقدور عليه منهما**) أي : من التوكل والإشهاد (. . **بطل حقه في الأظهر**) ؛ لأنه مقصر في الأولىٰ ومشعر بالترك في الثانية .

والثاني : لا يبطل حقه ؛ لأنه قد تلحقه بذلك منة أو مؤنة .

والثالث : إن احتاج إلىٰ بذل أجرة . . لم يجب ، وإن وجد متطوعاً . . وجب .

وأما مسألة ترك الإشهاد . . ففيها قولان : أصحهما ما ذكره .

والثاني : لا يبطل ، وإنما الإشهاد لإثبات الطلب عند الحاجة ، فتعبير المصنف بـ(الأظهر) صحيح في الثانية ، وأما في الأولىٰ . . فالصواب التعبير فيها بـ(الأصح) .

قال : (**فلو كان في صلاة أو حمام أو طعام . . فله الإتمام**) ولا يكلف القطع على الصحيح ؛ لأن في ذلك حرجاً ومشقة ، بل يجري فيه على العادة ، وفيه وجه بعيد : أن عليه قطعه حتىٰ صلاة النافلة .

وعلى الصحيح : لا يلزمه تأخير الصلاة ولا الاقتصار علىٰ أقل ما يجزىء ، وكذا لو بلغه الخبر ليلاً لا يلزمه الخروج فيه في وقت لا يمكنه فيه ، بل يؤخر حتىٰ يصبح .

ولو تمكن من إشهاد جيرانه ليلاً ومؤاكله إذا كان على الطعام فلم يفعل . . ففي بطلان شفعته وجهان : أصحهما : لا تبطل .

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ : لَمْ أُصَدِّقِ ٱلْمُخْبِرَ . . لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلاَنِ ، وَكَذَا ثِقَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لاَ يُقْبَلُ خَبَرُهُ . . . .

قال : (**ولو أخر وقال : لم أصدق المخبر . . لم يعذر إن أخبره عدلان**) ؛ لأن ذلك يثبت بشهادتهما فقبول خبرهما أولىٰ ، فكان من حقه أن يعتمد عليهما ، وسواء كانا ذكرين أو ذكراً وأنثيين ، فلو قال : جهلت عدالتهما ومثله يخفىٰ عليه . . قال في « المطلب » : لم يبعد تصديقه(١) .

ولو كانا عدلين عنده لا عند الحاكم . . قال الشيخ : ينبغي أن يعذر(٢) .

قال : (**وكذا ثقة في الأصح**) ولو عبداً أو امرأة في الأصح ؛ لأن خبر الثقة مقبول .

والثاني : يعذر ؛ لأن الحجة لا تقوم بالواحد .

والثالث : يعذر في العبد ؛ لأن شهادته لا تقبل ، بخلاف المرأة أو العدل الواحد .

قال : (**ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره**) كالكافر والفاسق والصبي والمغفل ؛ لسقوط روايتهم قال الله تعالىٰ : ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ ، وفي الصبي وجه بناء علىٰ قبول روايته .

هـٰذا إذا لم يبلغ المخبرون حداً تحيل العادة تواطؤهم على الكذب ، فإن بلغه . . بطل حقه وإن كانوا فساقاً ، وجميع ذلك بالنسبة إلى الظاهر ، أما بالنسبة إلى الباطن . . فالاعتبار بما وقع في نفسه من الصدق ، سواء فيه خبر الكافر وغيره كما صرح به الماوردي وغيره(٣) .

---

(١) في هامش (ك) : (وفي كلام الماوردي والدارمي : التصريح بأنه لا يبطل حقه) .

(٢) في هامش (ك) : (هو المعتمد بالنسبة إلىٰ ظاهر الحكم ، وقال ابن شهبة : فيما قاله نظر) .
وفي هامش (ت) : (لو كان ما قاله الشيخ بالعكس . . كان أقيس ، فإنهم اعتبروا من حيث الباطن ما يقع في نفسه كما سيأتي لا ما يظهر لغيره فتأمل) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أُخْبِرَ بِٱلْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ ، فَبَانَ بِخَمْسِ مِئَةٍ . . بَقِيَ حَقُّهُ ، وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ . . بَطَلَ . وَلَوْ لَقِيَ ٱلْمُشْتَرِيَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ : بَارَكَ ٱللهُ فِي صَفْقَتِكَ . . لَمْ تَبْطُلْ ، وَفِي ٱلدُّعَاءِ وَجْهٌ . وَلَوْ بَاعَ ٱلشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلاً بِٱلشُّفْعَةِ . . فَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُهَا . . . .

قال : (**ولو أخبر بالبيع بألف فترك ، فبان بخمس مئة . . بقي حقه**) ؛ لأنه لم يعرض زهداً ، بل لكثرة الثمن فليس بمقصر ، ولأنه قد لا يرغب بألف ويرغب بخمس مئة .

قال : (**وإن بان بأكثر . . بطل**) ؛ لأن من لا يرغب بألف فبما كثر أولىٰ أن لا يرغب به ، ولو قيل : باع بكذا مؤجلاً فبان حالاً . . بطل حقه قطعاً كذا قاله الشيخان[1] ، وليس كذلك بل فيها وجهان ، وقضية كلام الأكثرين الجزم بخلافه ؛ لأنه قد يقول : البيع إلىٰ أجل لا يخلو عن زيادة فلم أرغب فيه .

فلو بلغه البيع من زيد فبان من عمرو ، أو بجنس من الثمن فبان بغيره ، أو أن الشريك باع نصيبه فبان بعضه أو بالعكس فعفا . . لم يبطل حقه .

قال : (**ولو لقي المشتري فسلم عليه ، أو قال : بارك الله في صفقتك . . لم تبطل**) ؛ لأن السلام قبل الكلام ، ولأنه قد يدعو ليأخذ صفقة مباركة .

قال : (**وفي الدعاء وجه**) أي : أنه يبطل به حق الشفعة ؛ لأنه مشعر بتقرير الشقص في يده فلا ينتظم الطلب عقبه .

ولو قال : اشتريت رخيصاً . . بطلت شفعته ؛ لأنه فضول ، فإن قال : بكم اشتريت . . لم تبطل في الأصح ، وقال العراقيون : تبطل ، ولو جمع بين السلام والدعاء . . لم تبطل أيضاً .

قال : (**ولو باع الشفيع حصته جاهلاً بالشفعة . . فالأصح : بطلانها**) لزوال سبب الشفعة .

والثاني : هو علىٰ شفعته ؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع ولم يرض بسقوط حقه ، أما

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

إذا باعها عالماً بالشفعة . . فإن شفعته تسقط بلا إشكال ، ولو باع بعضها عالماً . . فثلاثة أقوال :

أظهرها : البطلان مطلقاً .

والثاني : لا مطلقاً .

والثالث ـ وهو الأصح في زوائد « الروضة » ـ : التفصيل بين العلم والجهل[1] .

والهبة في جميع ما ذكرناه كالبيع .

تتمة :

لا يجوز للشفيع المصالحة علىٰ حق الشفعة علىٰ مال على الأصح ، ثم إن كان عالماً بذلك . . بطلت شفعته ، وإن اعتقد صحته . . ففي بطلانها وجهان : أولاهما عند الغزالي : لا تبطل[2] .

ولو عرض الشفيع حصته للبيع . . لم تبطل شفعته في الأصح .

ولو أخر الطلب وقال : لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور . . فهو كما سبق في الرد بالعيب لا تقبل دعواه الجهل بأصل الخيار إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة ، وأنه لو قال : لم أعلم الفور . . قبل قوله ؛ لأنه مما يخفىٰ على العوام ، هـٰذا إذا كان يخفىٰ عليه مثل ذلك .

* * *

خاتمة

الحيلة في إبطال شفعة المشاع بعد وجوبها حرام ، وأما قبله . . ففيه ثلاثة أوجه :

أصحها عند المصنف : الكراهة ، وإليه ذهب محمد بن الحسن .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

والثاني : لا يكره ، وإليه ذهب أبو يوسف ، واختاره القزويني في « كتاب الحيل » وأبو بكر الصيرفي .

والثالث : إن كان التحيل مانعاً من الأخذ بالكلية . . لم يجز ، وإن لم يكن مانعاً منه بالكلية كزيادة الثمن ونحوه . . جاز ، كذا ذكره الزبيلي في (أدب القضاء) ، وأما ما نقله ابن الرفعة عنه من التحريم مطلقاً . . فوهم .

نعم ؛ ذهب الغزالي في « الوجيز » إلى التحريم كنظيره من الزكاة ، أما شفعة الجوار . . فلا تكره الحيلة في إسقاطها قطعاً .

وللحيلة في إسقاط حق الشفعة صور :

منها : أن يبيع بأضعاف الثمن ثم يحط عن المشتري ما زاد ، أو يعتاض عن ذلك قدر الثمن الذي تراضيا عليه ، أو يبرئه البائع من القدر الزائد عليه غير أن فيه غرراً بعدم وفاء البائع .

ومنها : أن يشتري البائع من المشتري أولاً عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ، ويعوضه الشقص عن الثمن الذي في ذمته وفيه غرر أيضاً .

ومنها : أن يبيع بعض الشقص بثمن الجميع ويهب منه الباقي وفيه غرر أيضاً .

ومنها : أن يشتريه بثمن مجهول المقدار ويقبضه البائع وينفقه ، أو يخلطه بماله فتندفع الشفعة خلافاً لابن سريج .

ومنها ـ وهي أحسنها ـ : أن يشتري منه البناء خاصة ، ثم يتهب منه نصيبه من العرَصة .

قال ابن الرفعة : وعندي صورة أخرىٰ وهي : أن يستأجر شخص الشقص مدة لا يبقى الشقص أكثر منها بأجرة يسيرة ، ثم يشتري الشقص بقيمة مثله ، فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بالشراء على الأصح[1] ، ولو أخذه الشفيع لأخذه مسلوب المنفعة مدة بقائه وذلك مما ينفره .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

كتاب القرض

كتاب القراض

هو لغة أهل الحجاز ، والمضاربة لغة أهل العراق ، واشتقاق القراض : من القرض وهو : القطع ؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من ربحه ، وقيل : مشتق من المساواة ، يقال : تقارض الشاعران إذا تساويا فيما أنشداه .

واشتقاق المضاربة من الضرب في الأرض وهو : قطعها بالسفر ؛ لأن أهل مكة كانوا يدفعون أموالهم للعمال يسافرون بها ابتغاء الربح ، ثم لزمه هٰذا الاسم وإن لم يسافر العامل .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ .

واشتهر في السير أن النبي صلى الله عليه وسلم اتجر لخديجة في أموالها إلى الشام وأرسلت معه عبدها ميسرة .

وقال ابن عباس رضي الله عنهما : (كان العباس إذا دفع ماله مضاربة . . اشترط علىٰ عامله أن لا يسلك به بحراً ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، فإن فعل . . فهو ضامن ، فرفع شرطه إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه) رواه الدارقطني [٣/٧٨] لٰكن بإسناد ضعيف ، وابن عدي [٣/١٨٩] ، وفي إسناده أبو الجارود الكوفي واسمه : زياد بن المنذر ، قال ابن معين : كان كذاباً عدواً لله ليس يسوىٰ فلساً ، روىٰ له الترمذي [٢٤٤٩] حديث (من أطعم مؤمناً علىٰ جوع . . .) وإليه تنسب الطائفة الجارودية يقولون : إن علياً أفضل الصحابة ، وإن الإمامة مقصورة علىٰ ولد فاطمة .

وروىٰ مالك [٢/٦٨٧] عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن عمر أنه لما انصرف هو وأخوه

. . . .

عبيد الله إلىٰ غزوة نهاوند.. اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري فقال لهما : (إني أريد أن أصلكما بشيء ، وليس عندي ما أصلكما به سوىٰ مئة ألف من مال بيت المال ، فاتجرا فيها ، ثم سلما المال إلىٰ أمير المؤمنين بالمدينة ، والربح لكما) فأخذا المال واشتريا به من متاع العراق ، فربحا بالمدينة ربحاً كثيراً ، ثم أخبرا عمر بذلك فقال : (أو أعطىٰ كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما؟ فقالا : لا ، فقال : إنما أعطاكما لمكانكما مني ، فأديا المال والربح إلىٰ بيت المال ، فسكت عبد الله ولم يراجع أباه بشيء ، وقال عبيد الله : أرأيت لو تلف هـٰذا المال أما كان من ضماننا؟ قال : نعم ، قال : فالربح لنا إذن ، فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيد الله فقال عبد الرحمـٰن بن عوف : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ففعل فأخذ منهما المال ونصف ربحه) .

فإن قيل : كان المال قرضاً فكيف جعله قراضاً؟.. فالجواب : أنه استطاب قلوبهما في نصف الربح ، وللإمام ذلك إذا رآه مصلحة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في سبي هوازن[1] .

وحمله علىٰ ذلك ما فهمه من قصد أمير العراق إرفاقهما لكونهما ابني أمير المؤمنين ، وقصد رعاية مصلحة بيت المال ، وعليه نزل ابن سريج مشاطرة عمر لعماله ؛ لأنهم كانوا يتجرون علىٰ جاه العمل بأموالهم ، فنزل الجاه منزلة العامل وأخذ حصته لبيت المال .

والأصح : أن القراض مقيس على المساقاة ؛ لأنها إنما جوزت للحاجة وهي موجودة في القراض .

وقيل : المساقاة مقيسة عليه ، ولأجل قياس القراض على المساقاة كان تقديمها أولىٰ علىٰ خلاف ترتيب المصنف وغيره .

وفي « سنن ابن ماجه » [٢٢٨٩] : عن صهيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

---

(١) البخاري (٢٥٤٠) ، وأبو داوود (٢٤٦٧) ، والبيهقي (٦/ ٣٦٠) ، وغيرهم .

ٱلْقِرَاضُ وَٱلْمُضَارَبَةُ : أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالاً لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَٱلرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ . وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ : كَوْنُ ٱلْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ خَالِصَةً ، فَلاَ يَجُوزُ عَلَىٰ تِبْرٍ وَحُلِيٍّ وَمَغْشُوشٍ ....

« ثلاثة فيهن البركة : البيع إلىٰ أجل ، والمقارضة ، وخلط الشعير بالبر للبيت » لـٰكنه ضعيف .

واختلف في حقيقة هـٰذا العقد فقيل : أوله وكالة وآخره شركة .

وقيل : أوله وكالة وآخره جعالة .

فالأول على القول بأنه يملك الربح بالظهور ، والثاني علىٰ أنه إنما يملك بالقسمة .

وقد جمع المصنف بين لفظي الباب فقال :

(**القراض والمضاربة : أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك**) هـٰذا حده الشرعي .

واحترز بـ(الاشتراك في الربح) عن الوكيل والعبد المأذون .

وخرج بلفظ (الدفع) ما إذا قارضه علىٰ دين . . فإنه لا يصح ، سواء كان على العامل أم علىٰ غيره .

قال الشيخ : وقوله : (أن يدفع) قد يشاحح فيه ، فإن القراض : العقد المقتضي للدفع لا نفس الدفع .

قال : (**ويشترط لصحته : كون المال دراهم أو دنانير**) أي : (**خالصة**) ؛ لأن القراض عقد يشتمل علىٰ غرر ، وإنما جاز للحاجة فاختص بما يسهل التجارة عليه ويروج غالباً وهو الأثمان ، فلا يجوز في غيرهما ، ويجوز أن يكون دراهم ودنانير معاً .

قال : (**فلا يجوز علىٰ تبر وحلي**) ؛ لاختلاف قيمتهما كالعروض .

و(التبر) بكسر التاء : الذهب والفضة قبل ضربهما ، وقال الجوهري : لايقال تبر إلا للذهب .

قال : (**ومغشوش**) أي : وإن راج وعلم قدر غشه ؛ لأنه عرض ونقد ، فالنقد

الذي فيه لا يجوز القراض عليه بمفرده لاختلاطه ، وفي وجه : يجوز في المغشوش الذي يروج رواج الخالص كما هو الصحيح في الشركة[١] .

قال الشيخ : وأنا اختاره وأفتي به وأحكم ، فإنه لا دليل علىٰ منع القراض به ، وبه قال أبو حنيفة .

وفي وجه ثان : أنه يجوز على المغشوش والفلوس .

وثالث في زوائد « الروضة » : أنه يجوز علىٰ كل مثلي .

وقال محمد بن الحسن : يجوز القراض على الفلوس استحساناً .

وبنى المتولي الخلاف في المغشوشة علىٰ جواز المعاملة بها ، وفيها أوجه تقدمت في (الزكاة) ثالثها : إن كان الغش معلوماً . . جاز ، وإلا . . امتنع[٢] .

والرابع : تصح المعاملة بها في العين دون الذمة كالحنطة المختلطة بالشعير .

قال : (**وعروض**) ؛ لأن منها ما لا مثل له فلا يمكن رده ، والذي له مثل قد تكون قيمته حال العقد أقل من قيمته حال الرد وذلك يؤدي إلىٰ فوز المالك بجميع الربح ، وأما العامل . . فبجزء من رأس المال .

وخرج باشتراط النقدية : المنافع ، كسكنى الدار ؛ فإنه لا يجوز القراض عليها ؛ لأنه إذا لم يجز على العرض المعين الموجود . . فعلى المنافع المعدومة أولىٰ .

قال : (**ومعلوماً**) أي : قدراً وصفة ، فلو قارضه علىٰ صبرة أو كف من الدراهم أو نقد في كيس مجهول القدر . . لم يصح ؛ للجهل بالربح ، بخلاف رأس مال السلم ، فإنه يجوز أن يكون القدر مجهولاً على الأظهر كما تقدم ؛ لأنه لم يوضع ليفسخ بخلاف القراض .

ولو دفع إليه ثوباً وقال : بعه وإذا قبضت ثمنه فقد قارضتك عليه . . لم يجز ؛ للجهالة ولما فيه من تعليق القراض ، وكلاهما مبطل له .

---

(١) في هامش (ك) : (ويجاب بأن الشركة تصح في العروض بخلاف القراض) .
(٢) في هامش (ك) : (الأصح : جواز المعاملة بها مطلقاً) .

مُعَيَّناً ، وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَىٰ إِحْدَى ٱلصُّرَّتَيْنِ . . . .

قال : (معيناً) فلا يجوز على الصبرة المجهولة وإن جاز أن يكون ثمناً قطعاً ، فلو قارض علىٰ دراهم غير معينة ثم عينها في المجلس. . قطع القاضي والإمام[1] بالجواز كما في الصرف ورأس مال السلم ، ورجحه في « الشرح الصغير » ، وقطع البغوي بمنعه[2] .

قال : (وقيل : يجوز علىٰ إحدى الصرتين) أي : المعينتين لتساويهما ، فعلىٰ هـٰذا : يتصرف العامل في أيهما شاء ، فيتعين للقراض[3] .

وضبط المصنف بخطه (الصرتين) بتشديد الراء عقب الصاد المهملة .

وهل تشترط الرؤية[4] إن شرطناها في البيع أو لا؟ قال الشيخ : فيه نظر ، والأقرب الثاني[5] ؛ لأنه توكيل ولعل عدول « المحرر » و« المنهاج » عن التعبير بأحد الألفين إلىٰ إحدى الصرتين لهـٰذه الفائدة ، ولـٰكن صورها الرافعي وصاحب « المهذب » بما إذا دفعهما إليه ، فإن كان شرطاً . . فليقيد به إطلاق الكتاب ، لـٰكن أطلق الماوردي أنه لا يجوز القراض علىٰ مال غائب[6] .

فروع :

يصح أن يقارضه على المال المودع عند غيره إذا كان قد رآه ، وأن يقارض الغاصب على المغصوب على الأصح .

وقال المتولي لو كان بينه وبين غيره دراهم شركة فقال لشريكه : قارضتك علىٰ

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .
(٢) في هامش (ك) : (ولو قارضه علىٰ أحد هـٰذين الألفين مثلاً ثم عينه في المجلس. . صح ، وبه صرح ابن المقري) .
(٣) في هامش (ك) : (قال ابن الرفعة : والأشبه صحته علىٰ نقد أبطله السلطان) ورمز له بالصحة .
(٤) في هامش (ك) : (أي : إذا كان معلوم القدر والصفة) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٦) في هامش (ك) : (فيه نظر) .

وَمُسَلَّماً إِلَى ٱلْعَامِلِ ، فَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ ٱلْمَالِ فِي يَدِ ٱلْمَالِكِ ، وَلاَ عَمَلِهِ مَعَهُ ، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلاَمِ ٱلْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

نصيبي منها . . صح ؛ لأن الإشاعة لا تمنع صحة التصرف .

وعلىٰ هـٰذا لو خلط ألفين بألف لغيره ثم قال : قارضتك علىٰ أحدهما وشاركتك على الآخر فقبل . . جاز وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض ، ويشتركان في التصرف في باقي المال ، ولا يخرج على الخلاف في جمع الصفقة الواحدة عقدين مختلفين ؛ لأنهما يرجعان إلى التوكيل في التصرف .

قال : (**ومسلماً إلى العامل**) فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك ؛ لأن مقصود القراض التوسع ، وعدم التسليم ينافيه ؛ لأنه قد لا يجده وقت الحاجة .

وليس المراد اشتراط تسلمه حال العقد أو في المجلس ، بل أن لا يشترط عدم تسليمه كما يشير إليه قوله :

(**فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك**) وكذلك لا يجوز أن يشترط عليه المراجعة في التصرف مطلقاً .

ولو شرط كون المال في يد وكيل رب المال ، أو أن يكون عليه مشرفاً يطلع علىٰ تصرفه ولا يراجعه . . لم يصح أيضاً على الصحيح .

قال : (**ولا عمله معه**) ؛ لأن موضوع القراض أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، وليس هـٰذا مما احترز عنه بقوله : (مسلماً إلى العامل) ، بل هو شرط آخر وهو : استقلال العامل بالتصرف ، وقال أبو يحيى البلخي : يجوز علىٰ طريق المعاونة والتبعية ، فلو شرط عليه أن يعطيه دابته يحمل عليها . . فالمذهب جوازه .

قال : (**ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح**) ؛ لأنه ملك للسيد فجاز أن يجعل تبعاً لماله ، وخالف عمل المالك ؛ إذ لا وجه لجعله تبعاً .

والثاني : لا يجوز ؛ لأن عمله كعمل سيده وهو القياس ، وموضع هـٰذا الخلاف إذا لم يصرح بالحجر على العامل ، فإن صرح فقال : علىٰ أن يعمل معك غلامي ولا تتصرف دونه ، أو يكون بعض المال في يده . . فسد جزماً .

وَوَظِيفَةُ ٱلْعَامِلِ ٱلتِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ ٱلثِّيَاب وَطَيِّهَا ، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ ، أَوْ غَزْلاً يَنْسُجُهُ وَيَبِيعُهُ . . فَسَدَ ٱلْقِرَاضُ ، . . . .

والمراد بـ(غلام المالك) عبده المعلوم بالمشاهدة أو الوصف ، فإن لم يكن معلوماً . . فسد العقد ، وإنما عبر بالغلام لكراهة إطلاق لفظ العبد على المملوك ، والظاهر أن الموصىٰ له بمنفعته والمستأجر كذلك[١] ، ولو لم يشترط الغلام معه ولٰكن شرط له جزاءً من الربح . . صح ، وهو للمالك ، نص عليه[٢] .

تنبيه :

سكوته عن بيان ذكر نوع ما يتجر فيه مشعر بأنه لا يعتبر ، ويحمل الإطلاق على العرف ، وهو المصحح في « الروضة »[٣] ، لٰكن جزم الجرجاني باشتراطه .

ولو قيل : إن اطرد العرف ببلد العقد بشيء نزل الإطلاق عليه وإلا وجب التعيين . . لكان متجهاً .

قال : (**ووظيفة العامل التجارة وتوابعها كنشر الثياب وطيها**) وهي الاسترباح بالبيع والشراء ، لا الحرفة كالطحن والخبز .

و(الوظيفة) بالظاء المشالة ، والجمع : وظائف ، وهي : ما يتقدر على الإنسان في كل يوم ونحوه .

واحترز بقيد (التجارة) عن المسألة الآتية وهي : الطحن والخبز ونحوهما فإن العامل فيها يسمىٰ محترفاً .

قال : (**فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز ، أو غزلاً فينسجه ويبيعه . . فسد القراض**) ، وكذلك لو اشترط عليه أن يشتري الثوب ويقصره أو يصبغه أو يخيطه ويبيعه ؛ لأنها أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها ، فلا ضرورة إلى ارتكاب جهالة مستغنىً عنها .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو كذلك) ورمز له بالصحة .

(٢) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ ....

قال ابن الرفعة : فلو شرط أن يستأجر من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط . . فتظهر الصحة[1] ، فلو قارضه علىٰ نقد بمصر لينقله إلى الشام مثلاً ويشتري به هناك بضائع ويبيعها أو ينقلها إلىٰ مصر ويبيعها بها . . ففي صحة العقد وجهان : ذهب الأكثرون إلى الفساد[2] ؛ لأن النقل عمل مقصود وقد شرطه مع التجارة .

وعلىٰ هٰذا إذا سافر وتصرف . . صح ويستحق أجرة المثل دون المشروط ، وعليه حمل بعض الأصحاب معاملة أبي موسىٰ لولدي أمير المؤمنين عمر كما تقدم .

والثاني : يصح ، وبه قال طائفة من المحققين ، وقيده الإمام بالأموال الكثيرة والتجارات الثقيلة[3] .

قال : (**ولا يجوز أن يشرط عليه شراء متاع معين أو نوع يندر وجوده ، أو معاملة شخص**) ؛ لأنه تضييق يخل بمقصود القراض .

ولو شرط شراء نوع لا يندر لٰكنه لا يدوم كالثمار الرطبة . . فالأصح الجواز ، فلو قال : إذا انقطع فتصرف في غيره . . صح قطعاً .

ولو قال قبل إدراك البطيخ مثلاً : قارضتك علىٰ أنك تتصرف فيه إذا أدرك . . ففي صحته وجهان في « تعليق القاضي حسين »[4] .

ولو شرط التصرف في سوق معين . . صح ، أو حانوت . . فلا ؛ للتضييق ، قاله الماوردي[5] .

والإذن في البز يتناول ما يلبس من منسوج من الإبريسم والقطن والكتان والصوف

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (أصحهما : عدم الصحة) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُشْتَرَطُ بيَانُ مُدَّةِ ٱلْقِرَاضِ ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ ٱلتَّصَرُّفَ بَعْدَهَا . . فَسَدَ ، وَإِنْ مَنَعَهُ مِنَ ٱلشِّرَاءِ بَعْدَهَا . . فَلا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

دون البسط والفرش ، وفي الأكسية وجهان ؛ لأنها ملبوسة ، لـٰكن لا يسمىٰ بائعها بزازاً ، والأصح في زوائد « الروضة » : عدم التناول .

قال : (**ولا يشترط بيان مدة القراض**) بخلاف المساقاة ؛ لأن مقصود القراض الربح وليس له أمد ينتظر بخلاف الثمرة ، ولأنهما قادران علىٰ فسخ القراض متىٰ أرادا بخلاف المساقاة .

قال : (**فلو ذكر مدة ومنعه التصرف بعدها . . فسد**) ؛ لأنه يخل بمقصود العقد فإنه قد لا يجد راغباً في المدة فلا تحصل التجارة والربح ، ومع ذلك هو مخالف لمقتضى العقد أيضاً فإن مقتضاه بعد الفسخ تنضيض رأس المال ، ومنعه من التصرف بعد المدة يمنع من ذلك .

قال : (**وإن منعه من الشراء بعدها . . فلا في الأصح**) ؛ لأن المالك متمكن من منعه من الشراء في كل وقت ، فجاز أن يتعرض له في العقد بخلاف المنع من البيع .

والثاني : يفسد ؛ لأن ما كان وضعه على الإطلاق كان التأقيت منافياً له كالبيع والنكاح .

وصورة المسألة ـ كما قال الإمام ـ : أن تكون المدة يتأتىٰ فيها الشراء لغرض الربح بخلاف ساعة ونحوها ، فلو قال : قارضتك سنة ولم يزد . . فالأصح المنصوص : البطلان .

فرع :

لا يجوز تعليق القراض بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر . . فقد قارضتك ؛ قياساً علىٰ غيره من العقود ، فلو نجزه وعلق التصرف كقوله : قارضتك الآن ولـٰكن لا تتصرف إلا بعد شهر . . فالأصح : البطلان .

وقيل : يصح كالوكالة ، والفرق ظاهر[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو منافاته غرض الربح بخلافها) .

وَيُشْتَرَطُ ٱخْتِصَاصُهُمَا بِٱلرِّبْحِ وَٱشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ : عَلَىٰ أَنَّ كُلَّ ٱلرِّبْحِ لَكَ . . فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : قَرْضٌ صَحِيحٌ ، وَإِنْ قَالَ : كُلُّهُ لِي . . فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : إِبْضَاعٌ . . . .

قال : (**ويشترط اختصاصهما بالربح**) فلو قال : قارضتك علىٰ أن يكون ثلث الربح لك والثلث لي والثلث لولدي أو لأجنبي مثلاً . . فسد الشرط والعقد إلا أن يشترط علىٰ من جعل له شيئاً من الربح العمل مع العامل فيكون قراضاً مع اثنين ، فلو كان المشروط له عبداً لأحدهما . . صح .

ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لي ومن نصيبي نصفه لزوجتي . . صح ، وذلك منه لزوجته وعد هبة .

ولو أطلق قوله : قارضتك ولم يتعرض للربح . . فالمشهور في « المطلب »[1] و« الكفاية » فساده .

وعن ابن سريج : يصح ويحمل على المناصفة ، وعلى الأول في استحقاق أجرة المثل وجهان[2] .

قال : (**واشتراكهما فيه**) ؛ لأن ذلك موضوع القراض .

قال : (**فلو قال : علىٰ أن كل الربح لك . . فقراض فاسد**) ؛ اعتباراً باللفظ .

قال : (**وقيل : قرض صحيح**) اعتباراً بالمعنىٰ .

قال : (**وإن قال : كله لي . . فقراض فاسد ، وقيل : إبضاع**) أي : بضاعة جميع ربحها للمالك والعامل وكيل متبرع .

ومثار التردد أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها ، فإذا قيل : قراض فاسد فيهما . . استحق أجرة المثل في الأولىٰ لا الثانية في الأصح ، ولو قال : تصرف والربح كله لي . . فإبضاع بلا خلاف .

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .
(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : استحقاقها) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً بِٱلْجُزْئِيَّةِ ، فَلَوْ قَالَ : عَلَىٰ أَنَّ لَكَ فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيباً . . فَسَدَ ، . .

و(الإبضاع) : بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً ، و(البضاعة) : المال المبعوث .

قال : (**وكونه معلوماً بالجزئية**) كالنصف والربع والثلث ، ولا يضر جهلهما بمقدار ذلك الجزء حالة العقد على الأصح .

قال : (**فلو قال : علىٰ أن لك فيه شركة أو نصيباً . . فسد**) ؛ لجهالة العوض ، وكذا لو قال : مثل ما شرطه فلان لفلان وكانا أو أحدهما جاهلين به .

ولو قال : علىٰ أن لك سدس تسع عشر الربح ، فإن كان حاسباً يفهم معناه في الحال . . صح ، وإلا . . فوجهان :

أحدهما : يفسد للجهل .

والأصح : الصحة ؛ لأنه معلوم من الصيغة وهو جزء من منتهى الضرب .

وطريقه : أن يضرب تسعة في عشرة تبلغ تسعين ، ثم يضرب التسعين في ستة تبلغ خمس مئة وأربعين ، فعشرها أربعة وخمسون ، وتسع أربعة وخمسين ستة ، وسدسها واحد ، فيكون للعامل درهم واحد وهو جزء من خمس مئة وأربعين جزءاً .

قال الماوردي : إلا أنا نحب لهما أن يعدلا عن هـٰذه العبارة الغامضة إلىٰ ما يعرف بالبديهة من أول وهلة ؛ لأن هـٰذه العبارة قد ترجع إلى الإغماض كما قال أبو نواس في وصف محبوبته جنان [من الهزج] :

لهـــا الثلثـــان مـــن قلبـــي ... وثلثـــا ثلثـــه البـــاقـــي
وثلثـــا ثلـــث مـــا يبقـــىٰ ... وثلـــث الثلـــث للســـاقـــي
وتبقـــىٰ أسهـــم ســـت ... تقســـم بيـــن عشـــاقـــي

فانظر إلىٰ هـٰذا الشاعر وبلاغته وحسن عبارته كيف أغمض كلامه وقسم قلبه وجعله مجزءاً علىٰ أحد وثمانين جزءاً هي مخرج تسعة في تسعة ، فجعل لمن خاطبه أربعة وسبعين جزءاً من ذلك ، وجعل للساقي جزءاً ، وتبقىٰ ستة أجزاء يقسمها علىٰ من يحب .

أَوْ بَيْنَنَا . . فَٱلْأَصَحُّ : ٱلصِّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : لِيَ ٱلنِّصْفُ . . فَسَدَ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَلَو قَالَ : لَكَ ٱلنِّصْفُ . . صَحَّ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةً أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ . . فَسَدَ . . . .

قال : (**أو بيننا . . فالأصح : الصحة ، ويكون نصفين**) كما لو قال : هـٰذه الدار بين زيد وعمرو .

والثاني : لا يصح كما لو قال : بعتك بألف ذهباً وفضة .

قال : (**ولو قال : لي النصف . . فسد في الأصح**) ؛ لأنه لم يشترط شيئاً للعامل .

والثاني : يصح ويكون النصف الآخر للعامل ؛ لأنه السابق إلى الفهم حملاً علىٰ موجب القراض من اشتراكهما في الربح ، فبيان نصيب أحدهما يظهر الآخر كقوله تعالىٰ : ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ فإن فيه دلالة علىٰ أن الباقي للأب .

ولو قال : لي النصف ولك الثلث . . فوجهان :

أحدهما : يفسد للجهل بحكم السدس .

والثاني : يصح[1] ، ويكون المسكوت عنه للمالك مضموماً إلى النصف .

وفي هـٰذه المواضع كلها إذا كان بلفظ (قارضتك) وفسد فللعامل أجرة المثل إذا قال : تصرف .

قال : (**فلو قال : لك النصف . . صح على الصحيح**) ؛ لأنه بين نصيب العامل ، وما بقي للمالك بحكم الأصل .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه لم يبين ما له من المال ، ولو قال : لك ربح نصف المال . . لم يصح ، وقيل : يصح كقوله : لك نصف ربحه .

قال : (**ولو شرط لأحدهما عشرة**) أي : بفتح العين والشين (**أو ربح صنف . . فسد**) ؛ لأنه قد لا يربح غير العشرة ، أو لا يربح غير ذلك الصنف ، ولو قال : ربح أحد الألفين لك وربح الآخر لي وهما مميزان . . فسد ، وكذا إن لم يتميز في الأصح .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ ـ وَقِيلَ : يَكْفِي ٱلْقَبُولُ بِٱلْفِعْلِ ـ . . . .

تتمة :

قال : قارضتك ولم يزد عليه. . قال ابن سريج : يصح ، ويحمل على أن الربح بينهما نصفين ، وقال القاضي والإمام والمتولي : لا يصح[1] كما لو قال : بعتك هـٰذا ، فقال : اشتريت ولم يذكرا ثمناً .

ولو قال : قارضتك علىٰ أنك إن اتجرت في البز فلك نصف الربح وإن اتجرت في الخيل فلك ثلثه. . لم يصح ، وكذا لو جعل له ربع الربح إن اتجر في البلد ونصفه إن سافر .

ولو قال : خذ هـٰذه الدراهم وابتع بها علىٰ أن ما رزقه الله تعالىٰ من ربح يكون بيننا نصفين. . لم يصح ، وإن قال : خذها واعمل فيها. . صح لاقتضاء العمل البيع بخلاف الابتياع ، قاله الروياني[2] .

قال : (**فصل :**

يشترط إيجاب وقبول) ؛ لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع وغيره ، ويشترط فيه الاتصال المعتبر في البيع ، ومراده بـ(الشرط) ما لا بد منه .

ولفظ الإيجاب المتفق عليه : قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك علىٰ أن تشتري وتبيع ويكون الربح بيننا نصفين ، وكذا إن لم يتعرض للشراء والبيع على الصحيح ؛ لأن لفظ القراض يغني عنه ، ويكفي قول الوارث : قررتك أو تركتك في الأصح .

قال : (**وقيل : يكفي القبول بالفعل**) كما في الوكالة والجعالة ، ومحل هـٰذا الوجه إذا كانت صيغة الإيجاب : خذ هـٰذه الدراهم واتجر فيها أو نحو ذلك ، أما لفظ : قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك. . فلا بد من القبول فيه باللفظ جزماً ؛ لأن هـٰذه الألفاظ تقتضي المفاعلة .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا قدمه الشارح قريباً) ورمز له بالصحة .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ . وَلَوْ قَارَضَ ٱلْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ ٱلْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي ٱلْعَمَلِ وَٱلرِّبْحِ . . لَمْ يَجُزْ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

وظاهر كلام القاضي أنه لا يحتاج إلى القبول فيما عقد بلفظ المضاربة ويكفي التصرف ، وهو نظير وجه في الوكالة .

قال : (**وشرطهما كوكيل وموكل**)(١) ؛ لأن القراض توكيل وتوكل ، فاعتبر فيهما ما اعتبر ثم ، فلا يجوز من صبي ولا سفيه .

وأما المحجور عليه بالفلس . . فلا يصح أن يقارض ، ويصح أن يكون عاملاً على الصحيح .

ويجوز للإنسان أن يقارض علىٰ مال من هو في ولايته من صبي وسفيه ومجنون ، سواء كان الولي أباً أو جداً أو وصياً أو حاكماً أو أمينه .

قال المتولي : ويستحب له أن يستقصي فيما يشترط من الربح للعامل حتىٰ لا يستفيد أكثر من أجرة المثل ، إلا أنه لو شرط أكثر من ذلك . . صح .

ولا يصح أن يقارض العبد المأذون بغير إذن سيده ولا يقارض .

فرع :

قارض المريض في مرض الموت وشرط للعامل أكثر مما جرت به العادة . . صح ، فإذا تصرف وربح . . سلم له ما شرطه وإن زاد علىٰ أجرة مثله ، ولا يحسب من الثلث ، كما تزوج المريضة نفسها بدون مهر المثل ، ويؤجر المريض نفسه بدون أجرة المثل ، ولا يحسب الناقص من الثلث على المذهب فيهما إلا إذا كان الزوج وارثاً ، بخلاف ما إذا ساقىٰ في مرض موته وجعل للعامل من الثمرة أكثر من أجرة مثله . . فإن الزيادة تحسب من الثلث على الأصح .

قال : (**ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشاركه في العمل والربح . . لم يجز في الأصح**) ؛ لأن القراض علىٰ خلاف القياس فلا يعدل به عن موضوعه وهو : أن

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ ٱلثَّانِي . . فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ ، فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِٱلْجَدِيدِ . . . .

يكون أحد العاقدين مالكاً لا عمل له والآخر عاملاً لا ملك له .

والثاني : يجوز كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين ابتداء ، وقواه الشيخ .

وعلىٰ هـٰذا : إنما يشتركان في الربح إذا وجد العمل منهما ، فلو عمل أحدهما فقط . . لم يستحق الآخر شيئاً بالكلية .

واحترز بقوله : (ليشاركه في العمل) عما إذا أذن له في ذلك علىٰ أن ينسلخ هو من القراض ويكون وكيلاً فيه عن المالك . . فإنه يصح جزماً كما لو قارضه المالك بنفسه ، قال في « المطلب » : ومحله إذا كان المال مما يجوز عليه القراض[1] ، فلو اتفق ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضاً . . لم يجز ؛ لأنه ابتداء قراض على العروض .

قال : (**وبغير إذنه فاسد**) ؛ لأن المالك لم يأذن فيه ، سواء قصد المشاركة في العمل والربح أم في الربح دون العمل أم قصد الانسلاخ .

وشبهه الإمام ـ إذا قصد الانسلاخ بغير إذن ـ بما إذا أراد الوصي أن ينزل منزلته في حياته وصياً يقيمه مقام نفسه في جميع ما هو منوط به ، وذلك ممنوع .

قال الشيخ : ومثله ناظر الوقف المشروط له النظر ، ليس له أن يقيم غيره مقامه وإخراج نفسه منه ، قال : وقد وقعت هـٰذه المسألة في الفتاوى ولم أتردد في أن ذلك ممنوع ، وستأتي المسألة في (باب الوقف) مبسوطة .

قال : (**فإن تصرف الثاني . . فتصرف غاصب**) ؛ لأن الإذن صدر من غير مالك ولا وكيل .

قال : (**فإن اشترىٰ في الذمة**) أي : وسلم ما أخذه من الأول ثمناً وربحاً .

قال : (**وقلنا بالجديد**) وهو أن الربح كله للغاصب لصحة الشراء في الذمة ، ولم يتقدم للجديد ذكر حتىٰ يفرع عليه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ ـ وَقِيلَ : هُوَ لِلثَّانِي ـ فَإِنِ اشْتَرَىٰ بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ .. فَبَاطِلٌ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلاً وَمُتَسَاوِياً ، وَالِاثْنَانِ وَاحِداً ....

والقديم : أن الربح للمالك ؛ إذ لو جعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذريعة إلى الغصب .

قال : (.. **فالربح للعامل الأول في الأصح**) ؛ لأنه تصرف بإذنه كالوكيل ، سواء علم بالحال أم لا .

قال : (**وعليه للثاني أجرته**) ؛ لأنه لم يتبرع ، وهـٰذه زيادة علىٰ « المحرر » .

قال : (**وقيل : هو للثاني**) ؛ لأنه المتصرف كالغاصب ، وهو قوي عند علمه بالحال ، واختاره الشيخ .

قال : (**فإن اشترىٰ بعين مال القراض .. فباطل**) ؛ لأنه فضولي ، وفيه القول القديم القائل بوقف العقود .

هـٰذا كله إذا تصرف الثاني وربح ، أما لو هلك المال في يده ، فإن كان عالماً بالحال .. فغاصب ، وإن ظن العامل مالكاً .. فهو كالمستودع من الغاصب ؛ لأن يده يد أمانة .

وقيل : كالمتهب منه ؛ لعود النفع إليه ، فعلى الأول قرار الضمان على الأول ، وعلى الثاني على الثاني .

قال : (**ويجوز أن يقارض الواحد اثنين متفاضلاً ومتساوياً**) ؛ لأن ذلك كعقدين ، وليس كشركة الأبدان .

وشرط المسألة : أن يجعل لكل منهما الاستقلال ، فإن شرط علىٰ كل مراجعة الآخر .. لم يجز ، قاله الإمام .

قال الرافعي : وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه ، والمشهور في « المطلب » إطلاق الجواز كما قاله الرافعي ، لـٰكن لا بد من تعيين مستحق الأكثر والأقل .

قال : (**والاثنان واحداً**) ؛ لأن كلا منهما قارض علىٰ نصيبه مشاعاً .

وَٱلرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ ٱلْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ ٱلْمَالِ . وَإِذَا فَسَدَ ٱلْقِرَاضُ . . نَفَذَ تَصَرُّفُ ٱلْعَامِلِ ، وَٱلرِّبْحُ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إِلاَّ إِذَا قَالَ : قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ ٱلرِّبْحِ لِي . . فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَتَصَرَّفُ ٱلْعَامِلُ : مُحْتَاطاً . . . .

قال : (**والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال**) فلو شرطا خلافه . . فسد ، وكذا لو شرطا كون الباقي بين المالكين علىٰ غير ما تقتضيه نسبة المالين . . فهو فاسد أيضاً ، أما إذا جعل أحدهما له من نصيبه الثلث والآخر الربع . . جاز .

قال : (**وإذا فسد القراض . . نفذ تصرف العامل**) ؛ لأن الفساد في القراض لا في الإذن .

قال : (**والربح للمالك**) ؛ لأنه نماء ملكه .

قال : (**وعليه للعامل أجرة مثل عمله**) سواء حصل في المال ربح أم لا ؛ لأنه عمل طامعاً في المسمىٰ ، فإذا لم يحصل له . . وجب أن يرد عليه أجرة مثل عمله ، وقيل : إن لم يكن ربح . . فلا شيء له ، وزيفه الإمام .

قال : (**إلا إذا قال : قارضتك وجميع الربح لي . . فلا شيء له في الأصح**) ؛ لأنه عمل مجاناً .

والثاني : يستحق الأجرة كالمهر في النكاح الفاسد ، وفي « الكفاية » و« المطلب » : أن هـٰذا الوجه هو الصحيح ، والخلاف مفرع على الأصح وهو : أنه قراض فاسد ، فإن قلنا : إبضاع . . لم يكن له شيء قطعاً .

فإن قيل : لو ساقاه شريكه علىٰ أن يكون له جميع الثمار فالأصح : استحقاق الأجرة[1] . . فالجواب : إنما كان كذلك ؛ لأن جميع العمل يصرف إليه .

قال : (**ويتصرف العامل محتاطاً**) ؛ لأنه وكيل ، والمراد : أنه يتصرف به في المصلحة كما عبر به في « الروضة » .

---

(١) في هامش (ك) : (لقوة هـٰذا العقد بلزومه دون القراض ؛ فإنه جائز ، وأيضاً فالعامل في المساقاة شريك ، بل يملك بالظهور وإن لم يعمل ، وقول الشارح في الجواب : « إنما كان كذلك » ؛ لأن جميع العمل انصرف إليه ؛ أي : إلىٰ عامل المساقاة ، فاستحق الأجرة علىٰ عمله ؛ لقوته) .

لاَ بِغَبْنٍ وَلاَ نَسِيئَةٍ بِلاَ إِذْنٍ . وَلَهُ ٱلْبَيْعُ بِعَرْضٍ . وَلَهُ ٱلرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ ،

وقوله : (محتاطاً) أحسن من قول « المحرر » : (بالغبطة) ؛ لأنه يفهم أنه لا ينعقد تصرفه إذا خلا عنها وعن المفسدة ، كما إذا اشترى الشيء بقيمة مثله وليس كذلك .

نعم ؛ قال الماوردي : ليس له أن يشتري شيئاً بثمن مثله وهو لا يرجو فيه ربحاً[1] .

قال : (**لا بغبن**) أي : فاحش لا يحتمل كالوكيل .

قال : (**ولا نسيئة بلا إذن**) ؛ لما فيه من الغرر ، وهل يجب التعرض للمدة أو لا[2]؟ قال ابن الرفعة : يأتي فيه ما ذكر في (الوكالة)[3] .

فإن باع نسيئة . . وجب عليه الإشهاد ، ويكون بتركه ضامناً ، ولا حاجة إليه في البيع حالاً ؛ لأنه يحبس المبيع إلىٰ استيفاء الثمن ، فإن سلمه قبل الاستيفاء . . ضمن .

أما الشراء بالنسيئة . . فسكت عنه الشيخان ، وصرح الماوردي بجوازه وقال : لو شرط عليه البيع بالمؤجل دون الحال . . فسد ، قال : ولا يجوز عند الإذن في النسيئة أن يبيع ويشتري سلماً ؛ لأن عقد السلم أكثر غرراً .

قال : (**وله البيع بعرض**) ؛ لأن المقصود منه الاسترباح والبيع بالعرض طريق منه ، بخلاف الوكيل ، وهو مشكل بالمنع في الشريك ، وقياس جواز البيع بالعرض جوازه بغير نقد البلد[4] ، والذي جزم به البندنيجي وابن الصباغ وسليم والروياني بالمنع ، وسكت الشيخان أيضاً عن الشراء بالعرض ، والظاهر أنه أولىٰ بالجواز[5] .

قال : (**وله الرد بعيب تقتضيه مصلحة**) ؛ لتعلق حقه به بخلاف الوكيل ، ومحله إذا ظن السلامة فبان معيباً ، وله شراؤه مع علمه بعيبه إن رآه مربحاً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لعدم وجوب التعرض بالصحة .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنِ ٱقْتَضَتِ ٱلإِمْسَاكَ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلِلْمَالِكِ ٱلرَّدُّ ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَا . . عُمِلَ بِٱلْمَصْلَحَةِ . وَلاَ يُعَامِلُ ٱلْمَالِكَ . وَلاَ يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَلاَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى ٱلْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، . . . .

قال : (**فإن اقتضت الإمساك . . فلا في الأصح**) ؛ لإخلاله بمقصود العقد .

والثاني : له الرد قياساً على الوكيل ، وهـٰذا ظاهر نصه في « المختصر » ، وقال الإمام : إنه متجه ، فإن حطه عن رتبة الوكيل . . لا وجه له .

قال : (**وللمالك الرد**) أي : حيث جوزنا للعامل ، بل هو أولىٰ بجواز ذلك .

قال : (**فإن اختلفا . . عمل بالمصلحة**) سواء طلب المالك دون العامل الإمساك أو بالعكس ؛ لأن كلاً منهما له حق ، فإن استوى الحال في الرد والإمساك . . ففي « المطلب » : يرجع إلى العامل[1] .

قال : (**ولا يعامل المالك**) المراد : أنه لا يعامله بمال القراض دون غيره ؛ لأن مال القراض ملكه فهو كالعبد المأذون ، وفي المأذون وجه لا يبعد مجيئه هنا .

قال : (**ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال**) ؛ لأن المالك لم يأذن فيه .

فرع :

ليس للعامل أن يشتري بغير جنس المال ، فلو كان رأس المال ذهباً ووجد سلعة تباع بالدراهم . . لم يشترها بالدراهم ، بل يصطرف الدراهم بالذهب ثم يشتريها به ، قاله الماوردي[2] وتبعه في « المطلب » و« الكفاية » و« الجواهر » ، وفيه نظر .

قال : (**ولا من يعتق على المالك بغير إذنه**) ؛ لأن ذلك ينافي مقصود القراض .

وشملت عبارته الأصول والفروع ومن أقر بحريته ومستولدته التي بيعت لكونها مرهونة ، واحترز عما إذا أذن فيه . . فإنه يصح ، ثم إن لم يكن في المال ربح . . عتق على المالك وصار الباقي هو رأس المال ، وإن كان فيه ربح وقلنا : يملك العامل

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا زَوْجُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، فَإِنْ فَعَلَ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ ، وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . . . .

بالقسمة . . عتق أيضاً[1] ، وإن قلنا : يملك بالظهور . . عتق نصيب المالك عليه ثم يسري إلى الباقي إن كان موسراً .

ولو أعتق المالك عبداً من عبيد التجارة . . كان الحكم فيه كذلك ، وعلم منه أن رب المال إذا كان ممن لا يعتق عليه القريب بالتملك كالمبعض والمريض الممنوع من ذلك . . فيشتري عامل القراض قريبه قطعاً .

قال : (**وكذا زوجه في الأصح**) ؛ لما فيه من إضرار رب المال بانفساخ النكاح فلم يتضمنه إذنه .

والثاني : يجوز ؛ لأنه قد يكون مربحاً .

والزوج يقع على الذكر والأنثىٰ قال الله تعالىٰ : ﴿ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ ﴾ ، وقال تعالىٰ : ﴿ وَأَصْلَحْنَا لَهُۥ زَوْجَهُۥٓ ﴾ ، وهو أعم من تعبير « المحرر » بـ(زوجته) بـ(التاء) قبل (الهاء) .

قال : (**فإن فعل**) أي : ما منعناه منه من الشراء بأكثر من رأس المال وشراء القريب والزوج (. . **لم يقع للمالك ، ويقع للعامل إن اشترىٰ في الذمة**) أي : إذا لم يصرح بالسفارة لما تقدم .

واحترز بقوله : (في الذمة) عما إذا اشتراه بالعين . . فإنه باطل من أصله[2] ، وكذلك لو اشترىٰ في الذمة بشرط أن يوفي الثمن من مال القراض ، قاله الروياني[3] .

وقال في « المطلب » : كلام الأصحاب في هـٰذه المسألة ونحوها يدل علىٰ أنه لا يجوز للعامل شراء الحيوان ، ولا يظهر جوازه للولي ؛ لما فيه من الغرر[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (فإن قيل : حيث قلتم بأنه إن اشترىٰ بالعين . . كان باطلاً ، أو في الذمة . . فللوكيل ، وإن سمىٰ موكله . . فلا معنىٰ للتعليل بتضرر المالك إذ لا ضرر . والجواب : أنه يكفي فيه وجود الضرر لو أوقعناه له) .

(٣) في هامش (ك) : (ضعيف) .

(٤) في هامش (ك) : (الظاهر : جوازه لهما) .

وَلاَ يُسَافِرُ بِٱلْمَالِ بِلاَ إِذنٍ . وَلاَ يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ حَضَراً ، وَكَذَا سَفَرٌ فِي ٱلأَظْهَرِ . ...

قال : (**ولا يسافر بالمال بلا إذن**) وإن كان السفر قريباً والطريق آمناً ولا مؤنة فيه ؛ لأن فيه غرراً وتعريضاً للهلاك ، وعن البويطي قول : إنه يجوز عند أمن الطريق كمذهب أبي حنيفة ومالك .

هـٰذا إذا لم ينهه ولم يأذن ، فإن نهاه . . لم يجز إجماعاً ، وإن أذن . . جاز بحسب الإذن ، كذا أطلقه الرافعي .

وقال المصنف : لا يجوز في البحر ، أي : الملح[1] إلا أن ينص عليه ، فإن أطلق الإذن . . سافر إلى المواضع المأمونة التي جرت عادة أهل تلك البلد بالسفر إليها للمتجر ، ومتىٰ خالف . . ضمن .

قال القاضي والإمام : ويستمر القراض[2] .

قال : (**ولا ينفق منه علىٰ نفسه حضراً**) ؛ لأن العرف قاض بذلك .

قال : (**وكذا سفر في الأظهر**) ؛ لأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر فيؤدي إلىٰ أن يأخذ جزءاً من رأس المال وهو ينافي مقتضاه .

والثاني : ينفق ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والكراء ونحو ذلك .

وقيل : يطرد في كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها ، فإن قلنا : لا يستحق فشرطها . . بطل في الأصح ، وإن قلنا بالاستحقاق . . ففرع الرافعي عليه فروعاً :

منها : أنه يرد بعد رجوعه ما بقي من الآلات وفضل الزاد على الأصح .

ومنها : أنه لو كان معه مال لنفسه . . وزعت النفقة علىٰ قدر المالين إن كان ماله قدراً يقصد بالسفر .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا قياس ما قالوه في الحج ، فتخرج الأنهار العظيمة كالنيل ، ويحتمل إدخالها ، ويفرق بأن الحق هنا متعلق بالغير ، بخلافه في الحج) . ورمز إلىٰ قوله : (ويحتمل إدخالها) بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ ؛ كَطَيِّ ٱلثَّوْبِ وَوَزْنِ ٱلْخَفِيفِ كَٱلذَّهَبِ وَٱلْمِسْكِ لاَ ٱلأَمْتِعَةِ ٱلثَّقِيلَةِ ونَحْوِهَا . ومَا لاَ يَلْزَمُهُ لَهُ ٱلِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ ٱلرِّبْحِ بِٱلْقِسْمَةِ لاَ بِٱلظُّهُورِ . . . .

ومنها : أن المأخوذ محسوب من الربح ، فإن لم يكن ربح . . فهو خسران لحق المال ، وأما الذي يأخذه الرصدي والخفير والمأخوذ ظلماً . . فهو من مال القراض .

قال : (**وعليه فعل ما يعتاد ؛ كطي الثوب ووزن الخفيف كالذهب والمسك**) ؛ لقضاء العرف بذلك كما تقدم .

قال : (**لا الأمتعة الثقيلة ونحوها**) كنقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه لجريان العرف بالاستئجار له .

قال : (**وما لا يلزمه له الاستئجار عليه**) أي : من مال القراض لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ، فلو تولاه بنفسه . . فلا أجرة له ، وإن استأجر علىٰ ما يلزمه . . كانت الأجرة في ماله لا في مال القراض .

قال : (**والأظهر : أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور**) ؛ لأنه لو ملك بالظهور . . لكان شريكاً في المال ، ولو كان شريكاً . . لكان النقصان الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك ، وإلىٰ هـٰذا ذهب مالك والمزني .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : أنه يملك بالظهور قياساً على المساقاة وعملاً بالشرط ، فإن مدلوله اشتراكهما في الربح بمجرد حصوله ، فعلىٰ هـٰذا القول : لا يصح تصرفه فيه ؛ لأنه غير مستقر .

وقد فرع المصنف على القولين في (باب زكاة التجارة) زكاة مال القراض ، وعلى القول الأول : له فيه حق مؤكد فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء ، ويصح إعراضه عنه ، ويغرمه له المالك بإتلافه المال واسترداده ، وعلى القول بأن الملك بالظهور : لا يتصرف فيه ؛ لعدم استقراره وللمالك فيه حق الوقاية .

فإذا فسخ القراض ونض رأس المال واقتسما . . استقر وخرج عن كونه وقاية ، وكذا إن لم يقتسما على المذهب ، وإن فسخ وهو عرض . . فلا على المذهب .

وَثِمَارُ ٱلشَّجَرِ وَٱلنِّتَاجُ وَكَسْبُ ٱلرَّقِيقِ وَٱلمَهْرُ ٱلْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ ٱلْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا ٱلْمَالِكُ ، وَقِيلَ : مَالُ قِرَاضٍ . وَٱلنَّقْصُ ٱلْحَاصِلُ بِٱلرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ ٱلرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ ، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ ٱلْعَامِلِ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

فرع :

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ؛ لأنه ينقصها فيضر بالعامل ، ولو كان في المال جارية . . لم يكن للمالك وطؤها ، سواء كان فيه ربح أم لا ؛ لأنه لا يتحقق انتفاء الربح من المتقومات إلا بالتنضيض .

قال : (**وثمار الشجر والنتاج وكسب الرقيق والمهر الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك**) ؛ لأنها ليست من فوائد التجارة .

وصورة المسألة : أن يشتري الشجر والرقيق والحيوان للتجارة ، ففي مدة التربص للبيع تحصل هـٰذه الفوائد ، أما إذا اشتراها لذلك . . فإنه لا يفوز[1] ، وكسب الرقيق يشمل الصيد والاحتطاب وقبول الهبة والوصية .

قال : (**وقيل : مال قراض**) ؛ لأنها من فوائده وحاصلة بسببه ، وبهـٰذا جزم الإمام .

فعلىٰ هـٰذا : الأصح أنها من الربح ، وقيل : شائعة في الربح ورأس المال .

قال : (**والنقص الحاصل بالرخص محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به**) ؛ لأن العرف يقتضي ذلك ، وكذلك النقص الحاصل بالعيب والمرض الحادثين .

قال : (**وكذا لو تلف بعضه بآفة أو غصب أو سرقة بعد تصرف العامل في الأصح**) ؛ لأنه نقص حصل في المال فيجبر بالربح كالنقص الحاصل بالرخص قياساً علىٰ ما سبق ، لأن العامل إنما يستحق من الفاضل عن رأس المال .

والثاني : لا ؛ لأن الحاصل بالرخص نقصان متعلق بتجارته ، والحاصل بالعيب والمرض ناشىء من نفس المال الذي اشتراه .

---

(١) في النسخ : « لا يجوز » والتصويب من هامش (ت) .

فَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ . . فَمِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ فِي ٱلْأَصَحِّ

فَصْلٌ :

لِكُلٍّ فَسْخُهُ ، . . . .

تنبيه :

ما ذكره من صورة الغصب والسرقة هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف ، فإن أخذ . . استمر القراض فيه كما كان ، والمخاصم المالك فقط إن لم يكن في المال ربح ، وهما جميعاً إن كان فيه ربح .

وقيل : للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال .

قال : (**فإن تلف قبل تصرفه . . فمن رأس المال في الأصح**) كما إذا دفع ألفين فتلف منهما ألف ؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل .

والثاني : من الربح ؛ لأنه قد صار مال قراض بقبضه .

تتمة :

احترز المصنف بتلف البعض عن تلف الجميع ، فإن كان بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده . . ارتفع القراض ، وكذا إن أتلفه المالك ، وإن أتلف أجنبي جميعه أو بعضه ، فإن أخذ منه بدله . . استمر القراض ، وإن أتلفه العامل . . قال الإمام : يرتفع القراض(١) وقال المتولي : لا يرتفع ؛ لقيام البدل مقامه ، وأبداه الرافعي بحثاً .

وبقي ما إذا تلف بعد التصرف فيه بالشراء دون البيع ، كما إذا اشترىٰ بألفين عبدين فتلف أحدهما . . فالمذهب أنه يتلف من الربح أيضاً ، وقيل : من رأس المال .

قال : (**فصل** :

لكل فسخه) متىٰ شاء ؛ لأنه في الابتداء وكالة ، وفي الانتهاء إما شركة إذا ملكنا العامل بالظهور وإما جعالة إذا لم نملكه به ، وكلها عقود جائزة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . ٱنْفَسَخَ ، وَيَلْزَمُ ٱلْعَامِلَ ٱلِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا ، وَتَنْضِيضُ رَأْسِ ٱلْمَالِ إِنْ كَانَ عَرْضاً ، . . . .

وللفسخ ألفاظ سبق بعضها في الوكالة ، ويقوم مقام قول المالك : (فسخت) قوله : (لا تتصرف) ، وكذا استرجاعه المال منه .

ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو قال : لا قراض بيننا أو باع ما اشتراه العامل . . لم ينعزل في أشبه الوجهين ، وفي « الروضة » من زوائده : ينبغي أن يكون الأصح انعزاله بالإنكار ، وصحح[1] في « المهمات » الفرق بين أن يكون له غرض أو لا ، قال : والواقع في « الروضة »[2] لا اعتماد عليه .

قال : (**ولو مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه . . انفسخ**) كالوكالة ، وقد تقدم في الوكالة خلاف يعود هنا ، وأن الشيخ اختار أن الإغماء لا يوجب العزل ولا يسلب الولايات وذكره هنا أيضاً .

وإذا كان الميت المالك . . فللعامل البيع واستيفاء الديون بغير إذن الوارث ، بخلاف ما إذا مات العامل . . فإنه لا يملك وارثه البيع والاستيفاء دون إذن المالك ؛ لأنه لم يرض بتصرفه .

قال : (**ويلزم العامل الاستيفاء إذا فسخ أحدهما**) ليرد كما أخذ ، ومقتضى[3] إطلاقه أنه يجب عليه استيفاء رأس المال فقط ، لكن صرح في « المرشد » بأنه يلزمه تنضيض جميع الدين .

وصورة المسألة : أن يكون المالك قد أذن له في المعاملة بالدين ، فإذا انفسخ القراض وهناك دين . . لزم العامل أن يتقاضاه لينض سواء كان هناك ربح أم لا ، وعند عدم الربح وجه غريب في « رفع التمويه » .

قال (**وتنضيض رأس المال إن كان**) أي : ما بيده عند الفسخ (**عرضاً**) فيصيره نقداً ليرده كما أخذه ، وكذلك الحكم لو كان ما بيده نقداً من غير جنس المال ، أو من

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (يمكن حمل كلامها عليه) .
(٣) في هامش (ك) : (ليس كما قال ، بل كلامه شامل بما صرح به في « المرشد ») .

وَقِيلَ : لاَ يَلْزَمُهُ ٱلتَّنْضِيضُ إِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ . وَلَوِ ٱسْتَرَدَّ ٱلْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ . . رَجَعَ رَأْسُ ٱلْمَالِ إِلَى ٱلْبَاقِي . . . .

جنسه ولـٰكنه من غير نوعه كالصحاح والمكسرة .

قال : (**وقيل : لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح**) ؛ لأن الغرض من البيع أن يظهر الربح فيصل العامل إلىٰ حقه منه ، وقد زال هـٰذا المعنىٰ .

وأفهمت عبارته أنه لا يلزمه تنضيض الجميع .

قال الإمام : والذي قطع به المحققون أن الذي يلزمه تنضيضه قدر رأس المال ، وأما الزائد عليه . . فهو كعرض مشترك لا يكلف أحدهما بيعه[1] ، وبهـٰذا جزم في « الشرح الصغير » .

قال في « المطلب » : إلا أن يكون بيع بعضه ينقص القيمة كالعبد ، فالذي يظهر وجوب بيع الجميع فراراً من التشقيص[2] .

وأطلق الرافعي استيفاء الدين ، وظاهره التعميم[3] وبه صرح ابن أبي عصرون ومال إليه في « المطلب » ، وفي الفرق عسر[4] ، وإنما يلزم العامل البيع إذا طلبه المالك ، وليس للعامل تأخير البيع إلىٰ موسم رواج المتاع ؛ لأن حق المالك معجل خلافاً لمالك .

ولو قال العامل للمالك : تركت حقي لك فلا تكلفني بالبيع . . لم تلزمه إجابته في أقرب الوجهين[5] .

قال : (**ولو استرد المالك بعضه قبل ظهور ربح وخسران . . رجع رأس المال إلى الباقي**) كالتلف بآفة ، فلو كان مئة فاسترد عشرة . . صار رأس المال تسعين ؛ لأنه لم يبق في يده غيره .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (هـٰذا قدمه قريباً) .
(٤) في هامش (ك) : (الفرق : أن المال حاصل في تلك بخلافه في هـٰذه) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنِ ٱسْتَرَدَّ بَعْدَ ٱلرِّبْحِ . . فَٱلْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً وَرَأْسَ مَالٍ ؛ مِثَالُهُ : رَأْسُ ٱلْمَالِ مِئَةٌ وَٱلرِّبْحُ عِشْرُونَ وَٱسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَٱلرِّبْحُ سُدُسُ ٱلْمَالِ ، فَيَكُونُ ٱلْمُسْتَرَدُّ سُدُسُهُ مِنَ ٱلرِّبْحِ ، فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ ٱلْمَشْرُوطُ مِنْهُ ، وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ . وَإِنِ ٱسْتَرَدَّ بَعْدَ ٱلْخُسْرَانِ . . فَٱلْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى ٱلْمُسْتَرَدِّ وَٱلْبَاقِي ، فَلاَ يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ ٱلْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ مِثَالُهُ : ٱلْمَالُ مِئَةٌ وَٱلْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ ٱسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَرُبُعُ ٱلْعِشْرِينَ حِصَّةُ ٱلْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ ٱلْمَالِ إِلَىٰ خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ .

قال : (**وإن استرد بعد الربح . . فالمسترد شائع ربحاً ورأس مال**) ؛ لعدم التمييز ، وذلك على النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل علىٰ ما يخصه بحسب الشرط ، ولا يسقط بالخسران الحاصل بعده .

قال : (**مثاله : رأس المال مئة والربح عشرون واسترد عشرين . . فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه من الربح ، فيستقر للعامل المشروط منه ، وباقيه من رأس المال**) فلا يجبر بما يحصل بعد ذلك من الخسران ، فيستقر للعامل في مثالنا درهم وثلثان إن شرط له نصف الربح ؛ لأن ما جعلناه ربحاً ـ وهو سدس العشرين ـ ثلاثة وثلث فيستقر له نصفها وهو درهم وثلثان حتىٰ لا يسقط بالخسران الواقع بعده ، فلو انحط بانخفاض السعر بعد ذلك إلىٰ ثمانين . . أخذ العامل ما قلناه ، والباقي ـ وهو ثمانية وسبعون وثلث ـ للمالك .

قال : (**وإن استرد بعد الخسران . . فالخسران موزع على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبر حصة المسترد لو ربح بعد ذلك**) ؛ لأنه لو رد الجميع بعد الخسران . . لم يلزمه شيء ، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران .

قال : (**مثاله : المال مئة والخسران عشرون ثم استرد عشرين . . فربع العشرين حصة المسترد ، ويعود رأس المال إلىٰ خمسة وسبعين**) ؛ لأن الخسران يوزع على الثمانين لكل عشرين خمسة ، فتحط العشرون المستردة وحصتها من الخسران وهو خمسة ، فلو ربح بعد ذلك خمسة فبلغ ثمانين . . لم يأخذ المالك الجميع بل للعامل منها درهمان ونصف .

وَيُصَدَّقُ ٱلْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ : لَمْ أَرْبَحْ ، أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلاَّ كَذَا ، أَوِ ٱشْتَرَيْتُ هَـٰذَا لِلْقِرَاضِ أَوْ لِي ، أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا ، وَفِي قَدْرِ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، . . . .

قال : (**ويصدق العامل بيمينه في قوله : لم أربح ، أو لم أربح إلا كذا**) عملاً بالأصل ، فلو أقر بالربح ثم قال : غلطت في الحساب فلم أربح إلا كذا ، أو لم أربح شيئاً ، أو كذبت خوفاً من أن ينزع المالك المال مني . . لم يقبل ؛ لأنه أقر بحق لغيره ، لـٰكنه إن ذكر شبهة محتملة . . فله تحليف المالك أنه لا يعلم ذلك ، وإلا . . فوجهان[١] .

ولو قال : خسرت بعد الربح الذي أخبرت به . . قبل منه عند الاحتمال بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل . . لم يقبل .

قال : (**أو اشتريت هـٰذا للقراض أو لي**) ؛ لأنه أخبر بقصده ، وهـٰذا يكون عند ظهور الربح تارة والخسران أخرىٰ .

فرع :

أقام بينة علىٰ أنه اشتراه بمال القراض . . ففي الحكم بها وجهان[٢] في « الروضة » و« أصلها » بلا تصحيح ، الصحيح منهما : عدم الحكم[٣] ، وعلىٰ هـٰذا : ترد العين إلى البائع ، ويعاد الثمن إلىٰ مال القراض .

وجزم في « المطلب » بالحكم بالبينة ، وهو غريب لم يقل به سوى الإمام[٤] .

قال : (**أو لم تنهني عن شراء كذا**) ؛ لأن الأصل عدم النهي .

قال : (**وفي قدر رأس المال**) ؛ لأن الأصل عدم دفع الزيادة ، هـٰذا إذا لم يكن ربح ، وكذا إن كان على الصحيح ، وفيه وجه : أن المصدق المالك ، وهما مبنيان

---

(١) في هامش (ك) : (أوجههما : له ذلك) .

(٢) في هامش (ك) : (وصورة المسألة : يقول العامل : اشتريته لنفسي ، ويقيم المالك البينة بخلافه) .

(٣) في هامش (ك) : (أي : عدم الحكم بها للقراض) ورمز له بالصحة .

(٤) في هامش (ك) : (ليس كذلك ، بل قال به جماعة غيره) .

وَدَعْوَى ٱلتَّلَفِ ، وَكَذَا دَعْوَى ٱلرَّدِّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي ٱلْمَشْرُوطِ لَهُ . . تَحَالَفَا ، وَلَهُ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ . . . .

علىٰ أن العامل شريك فيصدق ، أو وكيل فيصدق المالك .

وفي وجه ثالث : أنهما يتحالفان ، فإن اختلفا في جنس رأس المال . . صدق المالك ولا أجرة للعامل .

قال : (**ودعوى التلف**) كالمودع والوكيل ، فإن ذكر السبب . . فعلى التفصيل في الوديعة .

قال : (**وكذا دعوى الرد في الأصح**) ؛ لأنه أمين فأشبه المودع .

والثاني : لا ؛ لأنه قبض العين لغرض نفسه فأشبه المرتهن والمستأجر ، وفرق الأولون بأن العامل أخذ العين لمنفعة المالك ، وهو إنما انتفع بالعمل في العين لا بالعين بخلاف المرتهن والمستأجر .

قال : (**ولو اختلفا في المشروط له . . تحالفا**) ؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد مع اتفاقهما علىٰ مسمىً صحيح فأشبها المتبايعين والمتآجرين .

قال : (**وله أجرة المثل**) ؛ لأن مقتضى التحالف رجوع كل من العوضين لصاحبه ، فإن تعذر . . فقيمته ، وقد رجع المال وربحه للمالك فقياسه رجوع العامل للعمل لـٰكنه تعذر فأوجبنا أجرة مثله .

وقيل : إن زادت علىٰ ما ادعاه العامل . . لم تجب الزيادة .

ثم إذا تحالفا . . فظاهر كلام المصنف يشعر بأن العقد ينفسخ بذلك ، وفي زوائد « الروضة » : أن حكمه حكم البيع ، وهو القياس[1] .

فرع :

تلف المال فادعى المالك القرض والآخذ القراض . . فالمصدق الآخذ ، أفتىٰ به البغوي وابن الصلاح[2] ؛ لأنهما اتفقا علىٰ جواز التصرف ، والأصل : عدم الضمان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وهو رأي مرجوح ، والأصح : أن المصدق المالك) .

ولو أقاما بينتين . . ففي المقدم منهما وجهان في زوائد « الروضة »[١] .

تتمة :

قارض إنساناً علىٰ ألف ، فتصرف فيها فخسر مئة ونض المال في يده تسع مئة ، فخاف من المالك أن يراه ناقصاً فيسترجع منه المال فاستقرض من غيره مئة وأضافها إلى المال ، ثم عرضه على المالك كاملاً رجاء أن يقره في يده فيرد القرض إلىٰ مالكه ، ففسخ المالك العقد واسترد الألف . . نقل المتولي عن الشافعي أنه نقل عن ابن القاسم صاحب مالك أن للمقرض أن يسترجع المئة من رب المال .

قال الشافعي : وهـٰذا غلط[٢] ؛ لأن العامل ملكها بالقرض واعترف أن جميع المال حق المالك وسلمه إليه ، فإذا رجع فيه . . لم يقبل رجوعه ، والمقرض لم يعطه شيئاً فلا مطالبة له عليه .

* * *

خاتمة

مات العامل ولم نجد مال القراض بعينه في تركته . . أفتى ابن الصلاح وفاقاً لصاحبي « البيان » و« الشامل » بأنه يضمن[٣] ، ولا شك أنه أولىٰ بالتضمين من المودع[٤] ؛ لأن الوديعة ليس له التصرف فيها بخلاف القراض ، وصرح الخوارزمي بعكس ما قاله ابن الصلاح وغيره .

وقال الشيخ : إن وجد في التركة ما يمكن أن يكون اشتري بمال القراض . . يوفى

---

(١) في هامش (ك) : (أوجههما : تقديم بينة المالك ؛ لأن معها زيادة علم بسبب شغل ذمته) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (ويؤخذ من التشبيه التعليل أن صورة المسألة : أنه ما بعد مرض ، أما لو مات بغتة . . فلا ضمان) .

. . . .

القراض منه مقدماً على الديون ، وإن لم يوجد ما يحتمل . . فلا ضمان ، وتختص التركة بالغرماء والورثة ، والمسألتان في غاية الإشكال ؛ لتعارض الأمانة ووجوب الأداء وبراءة الذمة وبقاء المال ، وللشيخ رحمه الله في المسألة تصانيف شهيرة(١) .

والله سبحانه وتعالىٰ أعلم(٢)

* * *

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

(٢) جاء في خاتمة النسخة (ج) : (وافق الفراغ منه نهار الثلاثاء سادس عشر شهر رمضان المعظم قدره من شهور سنة خمس وخمسين وثمان مئة ، وذلك بمسجد حمام الهري باطن حمص المحروسة ، علىٰ يد الفقير إلى الله تعالىٰ عبد الحق بن أبي بكر بن إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن محمد الشهير بالمنير ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين أجمعين يا رب العالمين ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم) .

كتاب المساقاة

كِتَابُ ٱلْمُسَاقَاةِ

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ ٱلتَّصَرُّفِ ، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِٱلْوِلاَيَةِ . . . .

كتاب المساقاة

سميت بذلك لأن السقي أنفع أعمالها لا سيما بالحجاز .

وقيل : من السقي بكسر القاف وتشديد الياء وهي : صغار النخل .

وهي : أن يدفع الإنسان نخلاً أو شجر عنب إلىٰ من يحسن العمل فيها مدة معلومة ليقوم بسقيها وتعهدها علىٰ أن له جزءاً معلوماً من ثمرتها .

واتفق جمهور العلماء علىٰ جوازها ، ولم يخالف فيها إلا أبو حنيفة وزفر ، وحجة الجمهور : القياس على القراض المجمع عليه .

وقيل : إن القراض أصله المساقاة لثبوتها بالسنة .

والأصل فيها ـ قبل اتفاق الصحابة والتابعين ـ : ما في « الصحيحين » [خ ٢٣٢٨ـ م ١٥٥١] : عن ابن عمر : (أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلىٰ يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع) ومن جهة المعنىٰ : أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ذلك قد لا تكون له أشجار .

ولو تعاقدا عقد الإجارة . . للزم المالك غرم الأجرة في الحال ، وربما لم يحصل من الأشجار شيء ، ولتهاون العامل فدعت الحاجة إلىٰ تجويز عقدها .

قال : (**تصح من جائز التصرف**) ؛ لأنها معاملة على المال فاعتبر في عاملها ذلك كالقراض والإجارة .

قال : (**ولصبي ومجنون بالولاية**) أي : عند المصلحة للاحتياج إلىٰ ذلك ، وحكم السفيه كذلك ، فلو قال : ولمحجور . . لعم .

وفي معنى الولي : الإمام في بساتين بيت المال وناظر الوقف ، فلو أجر الولي بياض أرض الصبي بأجرة علىٰ مقدار منفعة الأرض وقيمة الثمرة ، ثم ساقاه على الشجر

علىٰ سهم من ألف سهم والباقي للمستأجر كما جرت به العادة.. أفتى ابن الصلاح بصحته إذا كان ذلك لا يعد في العرف غبناً فاحشاً في عقدها[1] .

ونظير ذلك قول الرافعي في (الفلس) : إن الولي إذا وجد ما اشتراه للصبي معيباً وكانت الغبطة في إبقائه.. لا يرده ولا يثبت له الأرش .

قال : (**ومَوردها : النخل**) بإجماع القائلين بها ، وشرط الليث بن سعد رحمه الله أن يكون سقوياً ومنع منها في البعل ، ويدل لجوازه في عموم النخل حديث ابن عمر المتقدم ، وسواء في ذلك الفحول وغيرها كما صرح به الخفاف في « الخصال »[2] .

قال : (**والعنب**) خلافاً لداوود ، واختلف الأصحاب هل قال الشافعي بذلك نصاً أو قياساً؟ والأشبه الثاني بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص .

وقيل : أخذه من النص وهو : (أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم) وادعىٰ قائلوه أن خيبر كان فيها عنب .

قال الشيخ : وقد تتبعت الروايات فلم أجد فيها ذلك ، وإنما في رواية الدارقطني [٣/٣٧] : (ما يخرج من النخل والشجر) وهي وهم ، وعدل المصنف عن تعبير الرافعي بالكرم موافقة للفظ القرآن ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تسموا العنب كرماً ، إنما الكرم الرجل المسلم » رواه مسلم [٢٢٤٧/٨] .

قيل : سمي كرماً من الكرم بفتح الراء ؛ لأن الخمرة المتخذة منه تحمل عليه فكره أن يسمىٰ به ، وجعل المؤمن أحق بما يشتق من الكرم ، ويقال : رجل كرم بإسكان الراء وفتحها ، أي : كريم .

وقال الزمخشري : أراد أن يقرر ما في قوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ بطريق لطيف .

وإطلاق المصنف يقتضي المنع في شجر المقل ، وهو الذي صرح به في زيادات

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

« الروضة »[1] ، والرافعي أطلق وجهين ، والمنصوص المفتىٰ به : الجواز لشبهه بالنخل .

فائدة :

ثمرات النخيل والأعناب أفضل الثمار ، وشجرها أفضل الأشجار بالاتفاق ، واختلفوا أيهما أفضل علىٰ قولين[2] ، وقد ورد : « أكرموا عماتكم النخل المطعمات في المحل فإنها خلقت من طينة آدم عليه السلام »[3] ، وسبق في (زكاة الفطر) أن التمر خير من الزبيب .

والنخل مقدم على العنب في جميع القرآن .

وشبه النبي صلى الله عليه وسلم النخلة بالمؤمن ؛ لأنها تشرب برأسها وإذا قطع ماتت ، وينتفع بجميع أجزائها ، وليس في الشجر شيء فيه ذكر وأنثىٰ سواها ، وهي الشجرة الطيبة المذكورة في القرآن فكانت أفضل[4] .

وقال صلى الله عليه وسلم : « اتقوا النار ولو بشق تمرة »[5] .

وقال : « بيت لا تمر فيه جياع أهله »[6] .

وقال : « من أفطر علىٰ سبع تمرات من عجوة العالية . . لا يصيبه في يومه ذلك سم ولا سحر »[7] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : تفضيل النخل) .
(٣) أخرجه أبو يعلى (٤٥٥) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) أخرجه البخاري (١٤١٧) ، ومسلم (١٠١٦/٦٨) .
(٦) أخرجه مسلم (٢٠٤٦/١٥٣) ، والترمذي (١٨١٥) ، وأبو داوود (٣٨٢٧) ، وابن ماجه (٣٣٢٧) .
(٧) أخرجه البخاري (٥٤٤٥) ، ومسلم (٢٠٤٧) .

وَجَوَّزَهَا ٱلْقَدِيمُ فِي سَائِرِ ٱلْأَشْجَارِ ٱلْمُثْمِرَةِ . وَلاَ تَصِحُّ ٱلْمُخَابَرَةُ ، . . . .

وشبه صلى الله عليه وسلم عين الدجال بحبة العنب[1] ؛ لأنها أصل الخمرة وهي أم الخبائث .

قال : (**وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة**) كالتين والجوز واللوز والمشمش والتفاح والخوخ والكمثرىٰ ؛ لعموم الحاجة إلىٰ ذلك كما في النخل والعنب ، وبهـٰذا قال مالك وأحمد لرواية الدارقطني المتقدمة ، واختاره المصنف في « التصحيح » ، وسبقه إلىٰ تصحيحه الخفاف .

ومحل المنع إذا أفردت هـٰذه الأشياء بالمساقاة ، فإن كانت تابعة للنخل أو العنب. . فوجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » في آخر (باب المزارعة) : الجواز قياساً على المزارعة ، لـٰكن قيده الماوردي[2] بما إذا كانت قليلة تابعة للنخل أو العنب .

والجديد : المنع ؛ لأنها رخصة فخصت بموردها ، وإنما جوزت فيما فيه الزكاة رفقاً بالمالك والفقراء وهـٰذه لا زكاة فيها .

فأما ما لا ساق له كالزرع وقصب السكر والبطيخ والباذنجان والقثاء والبقول ، فما ثبتت أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرىٰ. . ففي جواز المساقاة عليه وجهان : أصحهما : المنع ، وما لا تثبت أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرىٰ. . لا تجوز المساقاة عليه قطعاً ، وذلك هو المزارعة والمخابرة الآتي ذكرهما .

واحترز بـ(المثمرة) عما لا ثمرة له كالتوت الذكر والصنوبر وشجر الخلاف فيمتنع فيها على القديم أيضاً على الصحيح .

وقال الشافعي : لا تجوز المساقاة على الموز ؛ لأن ساقه يقطع ثم يخلف .

ويشترط في الأشجار المساقىٰ عليها أن تكون معينة مرئية .

قال : (**ولا تصح المخابرة**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٤٧] عن ابن عمر قال : (كنا

---

(١) البخاري (٣٤٤٠) ، ومسلم (١٦٩) .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف ، والأصح : لا فرق في التبعية بين القليل والكثير) .

وَهِيَ : عَمَلُ ٱلأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَٱلْبَذْرُ مِنَ ٱلْعَامِلِ . وَلاَ ٱلْمُزَارَعَةُ ، .

لا نرىٰ بالخبر بأساً حتىٰ كان عام أول ، فزعم رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عنه) .

و(الخبر) بإسكان الباء هو : المخابرة .

وفي « سنن أبي داوود » [٣٣٩٩] : عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يذر المخابرة .. فليؤذن بحرب من الله ورسوله » وإلىٰ هـٰذا ذهب الأئمة الأربعة .

وهي مشتقة من الخبير وهو الأكار ، أو من الخبار وهي الأرض الرخوة ، أو من خيبر ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهلها .

قال : (**وهي : عمل الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل**) في هـٰذا التفسير نظر ؛ فإن العمل من وظيفة العامل فلا يفسر العقد به ، ولذلك عبر في « المحرر » بالمعاملة على الأرض .

قال : (**ولا المزارعة**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٤٩] عن ثابت بن الضحاك الصحابي : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عنها) وبهـٰذا قال مالك وأبو حنيفة خلافاً لأحمد .

وقال أكثر العلماء ببطلان المزارعة والمخابرة جميعاً إذا لم يكونا تابعين لمساقاة .

وقالت طائفة بجوازهما .

وقالت طائفة بجواز المزارعة دون المخابرة ، ولم يقل أحد بجواز المخابرة دون المزارعة .

فممن قال ببطلانهما رافع بن خديج وجابر وسعيد بن جبير وعكرمة ومجاهد وأبو حنيفة ومالك والشافعي .

وجوزهما أحمد واختاره المصنف من جهة الدليل ، ونقله عن ابن خزيمة وابن المنذر والخطابي ، وعمل الناس علىٰ ذلك في جميع الأعصار وأجابوا عن الأحاديث الصحيحة فيها ، وقال أحمد : حديث النهي عنهما مضطرب كثير الألوان .

وقال ابن سريج والجوري : تجوز المزارعة دون المخابرة ، وهو المشهور عن أحمد .

وَهِيَ : هَـٰذِهِ ٱلْمُعَامَلَةُ ، وَٱلْبَذْرُ مِنَ ٱلْمَالِكِ . . . .

واختلف الناس في كراء الأرض ؛ فعن الحسن وطاووس : منعه مطلقاً ، والأكثرون : علىٰ جوازه بالذهب والفضة ونحوهما[1] ، ونقل بعضهم فيه الإجماع ، ولعل ما يحكىٰ عن الحسن لم يصح عنه ، ومنع مالك كراءها بالطعام ، والحق في مسألة الكراء الجواز إذا لم يكن شرط مفسد ولا جهالة ، وحمل النهي علىٰ ما تضمن أحدهما أو على التنزيه .

قال : (**وهي : هـٰذه المعاملة ، والبذر من المالك**) فلم يدخل في النهي عن كراء الأرض ، وما جزم به المصنف من كون المزارعة غير المخابرة هو الصواب .

وقال جماعة منهم الماوردي والبندنيجي والخطابي : معناهما واحد وهو : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ، ونسبه صاحب « البيان » إلى الأكثرين ، وكذلك صاحب « رفع التمويه » وغلطا في ذلك ، وكذا فسرهما الجوهري في « صحاحه » وابن الأثير في « جامعه » .

فروع :

الأول : المناصبة التي تفعل بالشام وهي : أن يسلم إليه أرضاً ليغرسها من عنده ويكون الشجر بينهما . . قال الشيخ من منع المخابرة منعها[2] ، ومن أجازها . . ففي تجويزه هـٰذه نظر .

الثاني : قال الشيخ : كل من زرع أرضاً ببذره . . فالزرع له إلا أن يكون فلاحاً يزرع بالمقاسمة بينه وبين صاحب الأرض كعادة الشام ، فإن الزرع يكون علىٰ حكم المقاسمة علىٰ ما عليه عملهم[3] .

قال : وأنا أراه وأرىٰ وجهه من جهة الفقه أن الفلاح كأنه خرج عن البذر لصاحب

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (ضعيف) .

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ ٱلنَّخْلِ بَيَاضٌ . . صَحَّتِ ٱلْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ ٱلْمُسَاقَاةِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِشَرْطِ : ٱتِّحَادِ ٱلْعَامِلِ ، وَعُسْرِ إِفْرَادِ ٱلنَّخْلِ بِٱلسَّقْيِ ، وَٱلْبَيَاضِ بِٱلْعِمَارَةِ . . . .

الأرض ، وصاحب الأرض خرج عن الأرض لصاحب البذر بالشرط المعلوم بينهما فيثبت علىٰ ذلك .

قال : فإذا تعدىٰ شخص على الأرض وغصبها وهي في يد الفلاح فزرعها علىٰ عادته . . لا نقول الزرع للغاصب ، بل للمغصوب منه علىٰ حكم المقاسمة[١] ، قال : وهٰذه فائدة تنفع في الأحكام .

الثالث : زارعه علىٰ أرض بجزء من الغلة معلوم ، فعطل العامل الأرض . . أفتى المصنف بأنه : إن كان قد تسلمها من المالك . . فعليه أجرة ما عطله منها ، وغلطه في ذلك الشيخ تاج الدين الفزاري ، والذي قاله المصنف هو القياس[٢] الموافق لكلام الروياني في « البحر » .

قال : (**فلو كان بين النخل بياض**) وهي : الأرض الخالية عن الزرع والشجر (. . **صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل**) لعسر الإفراد ، وعليه حملوا معاملة أهل خيبر علىٰ شطر التمر والزرع .

واقتصار المصنف على النخل ليس بجيد ؛ فإن العنب كذلك ، وهو قد استدركه على « التنبيه » بقوله : والصواب أن المزارعة تصح على الأرض التي بين العنب أيضاً ، وينبغي أن يلتحق بهما غيرهما من الأشجار إذا جوزنا المساقاة عليها .

قال : (**بشرط : اتحاد العامل**) ؛ لأن إفراد المزارعة بعامل يخرجها عن كونها تابعة ، ويؤدي إلى اختلاط العمل ، والمراد : أن لا يكون من ساقاه غير من زارعه لا أن يكون شخصاً واحداً ، فلو ساقىٰ عشرة وزارعهم بعقد واحد . . صح .

قال : (**وعسر إفراد النخل بالسقي ، والبياض بالعمارة**) لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ، فإن أمكن الإفراد . . لم تجز المزارعة على الأصح ؛ لانتفاء

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد جميعه) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا ، وَأَنْ لاَ يُقَدِّمَ ٱلْمُزَارَعَةَ ، وَأَنَّ كَثِيرَ ٱلْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ ، . . . .

الحاجة، وعبارة « الشرحين » و« الروضة » : التعذر ، وهي أوفق لعبارة الجمهور[1] .

قال : (**والأصح : أنه يشترط أن لا يفصل بينهما**) أي : بين المساقاة والمزارعة التابعة ، بل يأتي بهما على الاتصال لتحصل التبعية ، فإذا قال : ساقيتك على النخل وزارعتك على الأرض بالنصف مثلاً . . صح قطعاً ، فلو قال : ساقيتك على النخل بالنصف وزارعتك على الأرض بالنصف ، فقال : قبلت المساقاة وقبلت المزارعة . . صح في الأصح ، ولو قال : قبلتهما . . صح على الصحيح .

أما لو قال : ساقيتك على النخل بالنصف فقبل ثم بعد ذلك قال : زارعتك على الأرض بالنصف . . لم يصح في الأصح لفوات التبعية .

والثاني : يصح لحصولهما لشخص واحد ، ولو لم يأت بلفظ المساقاة والمزارعة بل قال : عاملتك عليهما بالنصف . . كفىٰ .

وموضع الخلاف إذا بقي من مدة المساقاة ما يمكن فيه الزرع ، وإلا . . فيمتنع قطعاً ، كذا نص عليه الدارمي وغيره[2] .

قال : (**وأن لا يقدم المزارعة**) ؛ لأنها تابعة والتابع لا يتقدم علىٰ متبوعه .

والثاني : يكون العقد موقوفاً ، فإن ساقاه بعدها . . بانت صحتها ، وإلا . . فلا ، وإذا قلنا بهـٰذا . . قال ابن الرفعة : فالأشبه اختصاصه بما قبل التفرق .

قال : (**وأن كثير البياض كقليله**) ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلىٰ ذلك .

والثاني : لا ؛ لأن الأكثر لا يتبع الأقل ، ولأن بياض خيبر كان أقل بدليل أن الشعير كان أقل من التمر ، وهل النظر في الكثرة إلى النماء أو إلىٰ مساحة الأرض؟ فيه خلاف ، الأظهر عند الغزالي : الأول ، وعند المصنف : الثاني[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (الظاهر : أن المراد بالتعذر وعدم الإمكان : التعسر) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي ٱلْجُزْءِ ٱلْمَشْرُوطِ مِنَ ٱلثَّمَرِ وَٱلزَّرْعِ ، وَأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ أَنْ يُخَابِرَ تَبَعاً لِلْمُسَاقَاةِ . وَإِذَا أُفْرِدَتِ ٱلأَرْضُ بِٱلزِّرَاعَةِ . . فَٱلْمَغَلُّ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلاَتِهِ ، . . . .

قال : (**وأنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع**) فيصح بنصف من أحدهما وربع من الآخر .

والثاني : يشترط التساوي ؛ لأن التفصيل يزيل التبعية ويصيرهما عقدين ، وصححه المصنف في « نكت التنبيه » .

قال : (**وأنه لا يجوز أن يخابر تبعاً للمساقاة**) ؛ لأن الوارد في قصة خيبر المزارعة لا المخابرة .

والثاني : يجوز كالمزارعة بجامع الحاجة .

كل هـٰذا تفريع علىٰ ما تقدم من الفرق بين المزارعة والمخابرة ، أما من جعلهما واحداً . . فلا يمنع ذلك .

ولو شرط البذر من المالك والثور من العامل أو عكسه . . فوجهان : أصحهما في الأولىٰ : الجواز ، وفي الثانية : المنع .

قال : (**وإذا أفردت الأرض بالزراعة . . فالمغل للمالك ، وعليه للعامل أجرة عمله ودوابه وآلاته**) ؛ لبطلان العقد ، وعمله لا يحبط مجاناً ، وتكون الأجرة من نقد البلد كما صرح به القاضي حسين[1] .

هـٰذا إذا كانت من عند العامل ، فإن أفردت بالمخابرة . . فالغلة للعامل وعليه لمالك الأرض أجرة مثلها ، فلو زرع البياض بلا إذن . . لزمه كل الأجرة ويقلع مجاناً ، ولو كان البذر منهما . . فالغلة لهما ولكل على الآخر أجرة ما انصرف من منافعه علىٰ حصة صاحبه .

ومحل ما ذكره المصنف إذا سلم الزرع ، فإن أصابته آفة ولم يحصل من الغلة شيء . . فنقل الرافعي في نظيره من الشركة الفاسدة عن المتولي أنه لا شيء للعامل ؛

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَطَرِيقُ جَعْلِ ٱلْغَلَّةِ لَهُمَا وَلاَ أُجْرَةَ : أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ ٱلْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ ٱلنِّصْفَ ٱلآخَرَ ويُعِيرَهُ نِصْفَ ٱلأَرْضِ ، أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ ٱلْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ ٱلأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ ٱلنِّصْفَ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلآخَرِ مِنَ ٱلأَرْضِ . . . .

لأنه لم يخلص للمالك شيء ، وصوبه المصنف[1] وفيه نظر ، فإنه في القراض الفاسد إذا لم يربح العامل شيئاً . . له أجرة المثل .

قال : (**وطريق جعل الغلة لهما ولا أجرة : أن يستأجره بنصف البذر ليزرع له النصف الآخر ويعيره نصف الأرض**) ؛ لأن العامل استحق من منفعة الأرض نصيبه من الزرع ، والمالك من منفعته بقدر نصيبه من الزرع ، وهـٰذه الطريقة ذكرها الشافعي رحمه الله .

وأفاد المصنف بقوله : (ويعيره) أنه يجوز إعارة المشاع ، وفائدته إسقاط الأجرة ؛ لأنه لو استأجره علىٰ زراعة نصف البذر ولم يعره نصف الأرض فزرع الجميع . . لزمه نصف أجرة الأرض .

قال : (**أو يستأجره بنصف البذر ونصف منفعة الأرض ليزرع له النصف في النصف الآخر من الأرض**) وهـٰذه قالها المزني .

واحترز المصنف بذلك عما إذا استأجره كذلك ليزرع في النصف من أرض أخرىٰ .

والفرق بين الطريقة الأولىٰ والثانية : أنه في الأولىٰ جعل الأجرة عيناً وفي الثانية عيناً ومنفعة ، وأنه في الأولىٰ يتمكن من الرجوع بعد الزراعة في نصف الأرض وأخذ الأجرة وفي الثانية لا يتمكن ، وأنه لو فسد منبت الأرض في المدة . . لزمه قيمة نصفها في الأولىٰ دون الثانية ؛ لأن العارية مضمونة .

وذكر الأصحاب طريقة ثالثة وهي : أن يقرضه نصف البذر ويؤجره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته ، وهـٰذه أحوطها .

تتمة :

كل هـٰذا إذا كان البذر لمالك الأرض ، فإن كان من العامل . . فطريقه : أن يستأجر

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ ٱلثَّمَرِ بِهِمَا ، وَٱشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، وَٱلْعِلْمُ بِٱلنَّصِيبَيْنِ بِٱلْجُزْئِيَّةِ كَٱلْقِرَاضِ . وَٱلأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ ٱلثَّمَرَةِ ، . . . .

نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ونصف منافع الآلات .

وإن كان منهما . . فيستأجر العامل نصف الأرض بنصف منافعه ومنافع آلاته المصروفة إلى الزراعة .

ولا بد في هـٰذه الإجارات من رعاية الرؤية وتقدير المدة وغيرهما من شروط الإجارة .

قال : (**فصل** :

يشترط تخصيص الثمر بهما ، واشتراكهما فيه) فلو شرط بعض الثمار لثالث أو كلها لأحدهما . . فسدت المساقاة ، ولا يجوز أن يكون العوض غير الثمر بلا خلاف ، فلو ساقىٰ بدراهم أو غيرها . . لم ينعقد مساقاة قطعاً ، ولا إجارة إلا إذا فصل الأعمال وكانت معلومة ، ولا تكاد تعلم .

وعبارة المصنف مقلوبة وصوابها : تخصيصهما بالثمر كما عبر به في (القراض)(1) .

وعلم من ذكر الثمر أن الجريد والليف والكرناف لا يكون مشتركاً ، بل يختص بالمالك ، وهو كذلك كما سيأتي في خاتمة الباب .

قال : (**والعلم بالنصيبين بالجزئية**) كالنصف والثلث نفياً للجهالة وقطعاً للنزاع .

قال : (**كالقراض**) أي : كالربح في القراض في جميع ما تقدم ، فيصح فيما إذا قال : بيننا ، وإذا قال : علىٰ أن لك النصف وإن قال : علىٰ أن النصف لي . . لم يصح .

قال : (**والأظهر : صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة**) ؛ لأنه أبعد عن الغرر ، وبه قال مالك وأحمد .

---

(1) في هامش (ك) : (هـٰذا بناه علىٰ أن الباء إنما تدخل على المقصور لا على المقصور عليه ، والراجح : جواز دخولها علىٰ كل منهما وإن كان الأول أفصح) .

لَـٰكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ ٱلصَّلَاحِ . وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَىٰ وَدِيٍّ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ ٱلشَّجَرُ بَيْنَهُمَا . . لَمْ يَصِحَّ ، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوساً وَشَرَطَ لَهُ جُزْءاً مِنَ ٱلثَّمَرَةِ عَلَى ٱلْعَمَلِ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ مُدَّةً يُثْمِرُ فِيهَا غَالِباً . . صَحَّ ، . . . .

والثاني : لا تصح ؛ لأنها ملك صاحب البستان ، فشرط شيء منها كشرط شيء من الشجر .

ولأنه صلى الله عليه وسلم (ساقىٰ أهل خيبر علىٰ شطر ما يخرج منها) .

قال الماوردي : وهـٰذا مشهور مذهب الشافعي .

وقال ابن الرفعة : للخلاف التفات إلىٰ أن العامل يملك حصته بالظهور أو بالقسمة ، ونسب الغزالي المنع إلى القديم ، والبندنيجي الجواز إلى القديم .

قال ابن الرفعة : وهو الحق ؛ إذ كيف يمكن القول بالصحة على الجديد وعنده أن العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور .

قال : (**لـٰكن قبل بدو الصلاح**) ؛ لبقاء معظم الأعمال ، أما بعده . . فممنوع قطعاً لفوات المعظم ، وحكى ابن عبد البر الإجماع عليه ، وهـٰذه أصح الطرق .

وقيل بجريان القولين في الحالين ما لم يتناه النضج .

قال : (**ولو ساقاه علىٰ ودي ليغرسه ويكون الشجر بينهما . . لم يصح**) ؛ لأن المساقاة لم ترد إلا علىٰ أصل ثابت ، وهي رخصة لا تتعدىٰ موردها .

وقيل : تصح للحاجة ، وكذلك لو كان يغرسه ويتعهده والثمرة بينهما فعلى الصحيح : إذا عمل . . فله أجرة المثل إن توقعت الثمرة في المدة ، وإلا . . فلا في الأصح .

و(الودي) بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء : صغار النخل ، وتسمى الفسيل .

قال : (**ولو كان**) أي : الودي (**مغروساً وشرط له جزءاً من الثمرة على العمل ؛ فإن قدر مدة يثمر فيها غالباً . . صح**) ؛ لأنها مدة واحدة ، وتجعل السنين كالأشهر من السنة الواحدة ، فإن لم يثمر . . حبط عمله على المشهور كما لو قارضه فلم يربح .

وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَقِيلَ : إِنْ تَعَارَضَ ٱلِاحْتِمَالُ . . صَحَّ . وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي ٱلشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَىٰ حِصَّتِهِ . . . .

قال : (**وإلا . . فلا**) ؛ لخلوها عن العوض كالمساقاة على الأشجار التي لا تثمر ، ولهٰذا لا يستحق أجرة على الأصح إذا كان عالماً بأنها لا تثمر ، فإن كان جاهلاً . . استحق قطعاً .

وقيل : بطرد الوجهين في الحالين .

قال : (**وقيل : إن تعارض الاحتمال . . صح**) كالقراض ، ولأن الثمرة مرجوَّةٌ ، فإن أثمرت . . استحق ، وإلا . . فلا شيء له .

والأصح : المنع ؛ لأنه عقد علىٰ عوض غير موجود ولا ظاهر وجوده ، فأشبه السلم فيما لا يوجد غالباً ، وهٰذه طريقة الجمهور .

وقيل : إن غلب وجودها . . صح ، وإلا . . فوجهان .

وقيل : إن غلب عدمها . . لم يصح ، وإلا . . فوجهان .

والمرجع في المدة إلىٰ أهل الخبرة بالشجر في تلك الناحية .

قال : (**وله مساقاة شريكه في الشجر إذا شرط له زيادة علىٰ حصته**) قلت الحصة أم كثرت كالأجنبي ، فإن شرط له مقدار نصيبه أو دونه . . لم يصح ؛ إذ لا عوض لاستحقاقه ذلك بالملك ، فإن عمل . . فلا أجرة له في الأصح .

وأفهم تعبيره بـ(الزيادة) أنه لو شرط له كل الثمرة . . فسد ، لٰكن الأصح أن له الأجرة ، ومحل ما ذكره المصنف إذا استقل بالعمل .

واستشكل الشيخ جواز مساقاة الشريك بأن عمل الأجير يجب أن يكون في خاص ملك المستأجر ، ثم قال : والخلاص منه أن يساقي علىٰ نصيبه فقط حتىٰ لا يكون العمل المعقود عليه واقعاً في المشترك[١] .

---

(١) في هامش (ك) : (ظاهر كلام الشيخين يخالفه ، وهو أنه لا فرق) .

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لاَ يَشْرِطَ عَلَى ٱلْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا ، وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِٱلْعَمَلِ وَبِٱلْيَدِ فِي ٱلْحَدِيقَةِ . . . .

فرع :

حديقة لستة أسداساً ، ساقوا واحداً علىٰ أن له من نصيب أحدهم ـ وعينوه ـ النصف ومن الثاني الربع والثالث الثمن والرابع الثلثين والخامس الثلث والسادس السدس . . فيضرب وفق مخرج الثمن أو السدس في الآخر يبلغ أربعة وعشرين ، يضربها في عدد الشركاء يبلغ مئة وأربعة وأربعين ، يأخذ العامل من نصيب صاحب النصف اثني عشر ومن الثاني ستة ومن الثالث ثلاثة ومن الرابع ستة عشر ومن الخامس ثمانية ومن السادس أربعة .

قال : (**ويشترط أن لا يشرط علىٰ العامل ما ليس من جنس أعمالها**) كما إذا شرط أن يبني له جدار الحائط أو يحفر بئراً جديداً ؛ لأنه شرط إدخال عقد في عقد .

وقيل : يبطل الشرط دون العقد كالشروط الفاسدة في الرهن .

وقال مالك : يجوز أن يشترط كل ما كان من مصلحة الحائط .

تنبيه :

المصنف لم يتقدم له ذكر أعمالها حتىٰ يحكم عليه(١) ، بخلاف القراض ؛ فإنه ذكر وظيفة العامل ثم قال : (لو قارضه ليشتري حنطة) إلىٰ آخره فبين ما عليه ، ثم بين أن اشتراط غيره مفسد وهو أحسن مما صنع هٰهنا .

قال : (**وأن ينفرد بالعمل وباليد في الحديقة**) كما في القراض ، فلو شرط أن يعمل معه المالك . . فسد العقد ، وإن شرط أن يعمل معه غلامه . . فقيل كالقراض ، والأصح هنا : القطع بالجواز ، والفرق أن بعض الأعمال هنا على المالك ، هٰذا إذا شرط أن يعاونه ويكون تحت يده ، فإن جعل للغلام رأياً . . لم يجز قطعاً .

---

(١) في هامش (ت) : (يعتذر عن المصنف بأن ذكر أعمالها سيورده قريباً ، فكأنه قال : ما ليس من جنس أعمالها التي ستذكر ، والله أعلم) .

وَمَعْرِفَةُ ٱلْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ ٱلْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ، ....

ثم إذا شرطا نفقته على العامل . . جاز على الأصح ، وإن شرطاها على المالك . . جاز خلافاً لمالك ، وإن شرطاها في الثمار . . لم يجز في الأصح للجهالة ، وإن لم يتعرضا لها . . فهي على المالك ، وقيل : على العامل ، وقيل : في الثمرة ، وقيل : يفسد العقد .

وليس للعامل استخدام الغلام في شغل نفسه ، ولو شرطه . . بطل العقد ، ولو كان برسم الحديقة غلمان يعملون فيها . . لم يدخلوا في مطلق المساقاة .

قال : (**ومعرفة العمل**) ؛ لأنه المعقود عليه ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب .

قال : (**بتقدير المدة**) ؛ لأنها عقد لازم فاشترط فيها التوقيت ، فلا تجوز مؤبدة ولا مطلقة كالإجارة ، ولأن لحصول الثمار غاية منتظرة بخلاف الربح في القراض .

وقال أحمد : تصح غير مؤقتة كالقراض .

قال الشيخ : وكنت أود لو قال به أحد من أصحابنا حتىٰ أوافقه ، فإني لا أعرف لاشتراط التوقيت دليلاً قوياً ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « أقركم علىٰ ما أقركم الله »(1) . . فإنما عقدها علىٰ هـٰذا لإمكان النسخ في زمانه ؛ لأن ذلك راجع إلىٰ عقد الصلح دون المساقاة .

قال : (**كسنة أو أكثر**) والمراد : مدة تبقىٰ فيها العين .

وقيل : لا تجوز أكثر من سنة .

وقيل : لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة كالأقوال في الإجارة .

ولو فاوت في المشروط بين السنين . . جاز .

وقيل : كالسلم في جنس إلىٰ أجلين .

وعلم من اشتراط تأقيت المدة أنها لا تجوز مؤبدة ولا مطلقة كالإجارة ، وإنما ذكر

(1) أخرجه البخاري (٢٧٣٠) ، والبيهقي (٤/ ١٢٢) ، وعبد الرزاق (٧٢٠٣) .

وَلاَ يَجُوزُ ٱلتَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ ٱلثَّمَرِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَصِيغَتُهَا : سَاقَيْتُكَ عَلَىٰ هَـٰذَا ٱلنَّخْلِ بِكَذَا ، أَوْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ لِتَتَعَهَّدَهُ ، . . . .

السنة توطئة لما بعدها ؛ فإن فيه خلافاً والسنة متفق عليها ، وأقل مدتها ما يطلع فيه الثمر ويستغنىٰ عن العمل .

وتصح بسني العرب وغيرها إن عرفاها ، والمطلق محمول على العربية .

ولو ساقاه سنين وشرط له ثمرة سنة بعينها والأشجار بحيث تثمر كل سنة . . لم يصح ؛ لأنها ربما لا تثمر في تلك السنة فلا يكون للعامل شيء ، أو إلا تلك السنة . . فلا يكون للمالك شيء ، ويخالف ما لو ساقاه علىٰ ودي عشر سنين والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة لتكون هي بينهما ؛ لأنه شرط له سهماً من جميع الثمرة ، ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع . . لم يستحق العامل منها شيئاً .

وإذا أقت بمدة فأدركت الثمار قبل فراغها . . وجب عليه أن يعمل بقيتها بغير أجرة ، وإن انقضت المدة وعلى الأشجار طلع . . فله نصيبه منه وعلى المالك التعهد إلى الإدراك ، وإن حدث الطلع بعد المدة . . فلا حق للعامل فيه .

قال : (**ولا يجوز التوقيت بإدراك الثمر في الأصح**) ؛ لأنه يتقدم ويتأخر .

والثاني : يجوز ؛ لأنه المقصود من هـٰذا العقد ، وصححه الغزالي مع موافقته في السلم على امتناع تأجيله بإدراك الثمرة أو الحصاد ؛ لقبول المساقاة من الغرر ما لا يقبله السلم .

والمراد بـ(إدراك الثمرة) هـٰهنا الجذاذ .

قال : (**وصيغتها : ساقيتك علىٰ هـٰذا النخل بكذا**) هـٰذه أصرح الألفاظ ، وهي أم الباب .

وأفهمت عبارته أنه لا بد من ذكر العوض ، فلو عقدها من غير تعرض لما يستحقه العامل . . لم تصح ، وفي استحقاقه الأجرة وجهان كالقراض[1] .

قال : (**أو سلمته إليك لتتعهده**) ومثله : اعمل علىٰ هـٰذا النخل ، أو تعهد نخيلي

---

(١) في هامش (ك) : (ومقتضاه : الاستحقاق) .

وَيُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ ٱلأَعْمَالِ ، بَلْ يُحْمَلُ ٱلْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى ٱلْعُرْفِ ٱلْغَالِبِ . وَعَلَى ٱلْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلاَحِ ٱلثَّمَرِ وَٱسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ، كَسَقْيٍ . . . .

بكذا ، وهـٰذه الألفاظ كناية(١) فيجوز كونه مفرعاً على الانعقاد بها ، ويعلم منه أنه لا بد من الصيغة ، وفيه الوجه المكتفي بالمعاطاة ، وإشارة الأخرس المفهمة كافية في ذلك .

قال : (**ويشترط القبول**) ؛ لأنها عقد لازم ، ولا يأتي فيها الخلاف السابق في الوكالة والقراض ، فلو ساقاه بلفظ الإجارة أو عكس . . فالأصح عدم الصحة(٢) ، والخلاف فيها ينبني علىٰ أن العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها(٣) .

قال : (**دون تفصيل الأعمال**) فإنه لا يشترط التعرض له (**بل يحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب**) كما تقدم .

وقيل : يجب تفصيلها ؛ لأن العرف في ذلك مضطرب .

هـٰذا إذا عرف العاقدان العرف المحمول عليه ، فإن جهله أحدهما . . وجب التفصيل قطعاً ، بل قيل بوجوبه وإن عرفاه .

وقيل : يجب في عاملتك دون ساقيتك .

قال : (**وعلى العامل ما يحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته**) ؛ لأنه مقصود المساقاة .

قال : (**مما يتكرر كل سنة**) ؛ لأن ما لا يكون كذلك تكليف العامل به إجحاف .

قال : (**كسقي**) ؛ لأنه المقصود الأعظم منها ، ولا خلاف في وجوبه على العامل عند الإطلاق ، فلو شرطه على المالك . . بطل العقد ، وكذا ما يجب على المالك لو

---

(١) في هامش (ك) : (ما جزم به من كون هـٰذه الألفاظ كناية هو أحد وجهين في « الروضة » [٥/١٥٧] بلا ترجيح ، والمعتمد : أنها صريحة) .

(٢) في هامش (ت) : (ما ذكر الشارح من عدم الصحة هو تصحيح الشيخين ، وخالف السبكي فقال بالصحة ، وساعده في « المهمات ») .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ ٱلْأَجَاجِينِ ٱلَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا ٱلْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَٱلْقُضْبَانِ ٱلْمُضِرَّةِ ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ ٱلْعَادَةُ ، . . . .

شرطه على العامل . . أبطل العقد ، ولو فعله العامل بغير إذن . . لم يستحق أجرة ، وإن فعله بإذن المالك . . استحق الأجرة .

وإنما يلزم العامل السقي إذا كانت الأشجار لا تشرب بعروقها من النهر كنخل البصرة ، فإن كانت كذلك . . لم يلزم سقيها .

قال : (**وتنقية نهر**) للعرف ، والمراد تنقيته من الطين ونحوه ، هـٰذا هو الأصح ، وفيه وجهان آخران :

أحدهما : أنها على المالك .

والثاني : علىٰ من شرطت عليه من المتعاقدين ، فإن لم يذكراها . . فسد العقد .

وكذلك يلزمه تكريب الأرض وهو قلبها للحرث ، وألحق المتولي بذلك تقوية الأرض بالزبل وذلك بحسب العادة[1] .

قال : (**وإصلاح الأجاجين التي يثبت فيها الماء**) وهي : ما حول المغارس محوط عليه يشبه الإجانة التي يغسل فيها .

قال : (**وتلقيح**) وهو : وضع طلع الذكور في إناث النخل ويسمى التأبير ، وقد يستغنىٰ عنه في بعض النخيل بأن يكون تحت ريح الذكور فتكتفي بحمل الهواء ريحه إليها ، والطلع الذي يلقح به على المالك ؛ لأنه عين ماله ، وإنما على العامل العمل .

قال : (**وتنحية حشيش و**) كذلك (**القضبان المضرة**) لاقتضاء العرف ذلك .

و(الحشيش) : اليابس من الكلأ دون الرطب ، وعن بعضهم إطلاقه على الرطب حكاه الأزهري ، وكلام الفقهاء محمول على الثاني ، لـٰكن لو عبر بالكلأ . . لكان أعم ؛ لأنه يعمهما .

قال : (**وتعريش**) حيث (**جرت به العادة**) عملاً بها ، وهـٰذا قيد في التعريش فقط ، وكذلك يلزمه وضع الحشيش فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا حِفْظُ ٱلثَّمَرِ وَجَذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ ٱلأَصْلِ ، وَلاَ يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ ٱلْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ . . فَعَلَى ٱلْمَالِكِ . . . .

يقال : عرشت الكرم إذا جعلت له دعائم وشيئاً تنعطف عليه القضبان ، قال تعالىٰ : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَ جَنَّٰتٍ مَّعْرُوشَٰتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَٰتٍ ﴾ .

قال : (**وكذا حفظ الثمر وجذاذه وتجفيفه في الأصح**) أراد أنه يجب على العامل حفظ الثمر عن الطير والزنبور والسارق ، كما يجب حفظ مال القراض سواء كانت على النخل أم في الجرين ، فإن لم يفعل . . فمؤنته عليه .

والثاني ـ وهو الأقيس في « الشرح » و« الروضة »[(١)] ـ : أنها على المالك والعامل جميعاً بحسب اشتراكهما في الثمرة ، وفي جذاذ الثمار أيضاً وجهان :

أحدهما : أنها لا تجب على العامل ؛ لوقوعه بعد كمال الثمار .

وأصحهما : الوجوب ؛ لأن الصلاح به يحصل .

والوجهان في وجوب التجفيف أيضاً ، والأصح : الوجوب ؛ لما قلناه ، وإذا ألزمناه التجفيف . . لزمه تهيئة موضعه وتسويته ، ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس من وجه إلىٰ وجه بحسب العادة ، وأما أجرة مكان التجفيف . . فيحتمل أنها كمؤنة الحفظ ، ويحتمل أن تلزم العامل[(٢)] .

قال : (**وما قصد به حفظ الأصل ، ولا يتكرر كل سنة كبناء الحيطان وحفر نهر جديد . . فعلى المالك**) ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، وكذلك عليه خراج الأرض الخراجية .

وقد يفهم قوله : (جديد) أن إصلاح ما انهار من ذلك على العامل وليس كذلك ، بل هو على المالك .

ومما على المالك أيضاً : نصب الأبواب والدولاب وتحصيل ذلك .

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح ما في الكتاب) .

(٢) في هامش (ك) : (والظاهر : أنها على المالك ، وقوله : « فيحتمل أنها كمؤنة الحفظ » لا يأتي إلا علىٰ كلام « الروضة » [٥/١٥٩]) .

وَٱلْمُسَاقَاةُ لاَزِمَةٌ ، فَلَوْ هَرَبَ ٱلْعَامِلُ قَبْلَ ٱلْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ ٱلْمَالِكُ مُتَبَرِّعاً . . بَقِيَ ٱسْتِحْقَاقُ ٱلْعَامِلِ ، . . . .

والأصح : أن الآلات التي يوفىٰ بها العمل كالفأس والمعول والمنجل والمسحاة والأبقار على المالك للعرف ، وقيل : علىٰ من شرطت عليه منهما ، فإن لم يشرط . . بطل العقد .

وفي سد الثلم اليسيرة التي تبقىٰ في الجدار وجهان : قال الشيخ : الصحيح المنصوص في « الأم » : أنه على المالك ، وقال الرافعي : الأشبه اتباع العرف فيها كتنقية الأنهار[1] ، واعترض عليه بأن تنقية الأنهار سبق أنها على العامل[2] ، ووضع الشوك علىٰ رؤوس الجدران كسد الثلم اليسيرة .

قال : (**والمساقاة لازمة**) أي : من الجانبين كالإجارة ؛ لأنها لو كانت جائزة . . لتمكن المالك من الفسخ قبل مضي المدة فيضيع عمل العامل ، بخلاف المضاربة فإنه ليس للربح وقت معلوم ، والفسخ فيه قبل التصرف لا يضر ، وبعده لا يمنع البيع المحصل لنصيب العامل .

وحكى ابن كج وجهاً : أنها قبل العمل جائزة كالقراض ، ولم يقل أحد من الأصحاب بجوازها مطلقاً ، والدليل يقتضيه فإنه صلى الله عليه وسلم عقدها مع اليهود من غير تقدير مدة ، ولو كانت لازمة . . لم تجز كذلك وهي جائزة على الذمة قطعاً ، وكذا على العين على الأصح ، واقتصر الرافعي علىٰ نقله عن المتولي .

قال : (**فلو هرب العامل قبل الفراغ وأتمه المالك متبرعاً . . بقي استحقاق العامل**) ؛ لأن العقد لا ينفسخ به كما لا ينفسخ بصريح فسخه ، وكذلك لو أتمه أجنبي متبرعاً من غير شعور المالك .

وتعبيره بـ(الإتمام) ليس بقيد ، بل لو تبرع المالك بجميع العمل . . كان الحكم كذلك ، ثم إن الحكم لا يختص بالهرب ، بل العجز بمرض وما يسلب القدرة كالجنون ونحوه كذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِلاَّ . . ٱسْتَأْجَرَ ٱلْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ٱلْحَاكِمِ . . فَلْيُشْهِدْ عَلَى ٱلإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ ٱلرُّجُوعَ . وَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَرِكَةً . . أَتَمَّ ٱلْوَارِثُ ٱلْعَمَلَ مِنْهَا ، . .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يتبرع المالك بإتمام العمل ولم يوجد متبرع (. . **استأجر الحاكم عليه من يتمه**) ؛ لأنه واجب عليه ، ولا يخفىٰ أنه لا بد من ثبوت المساقاة عند الحاكم وأن العامل هرب ، وإنما يستأجر من ماله إن كان له مال ، وإلا ، فإن كان بعد بدو الصلاح . . باع نصيب العامل أو بعضه بحسب الحاجة واستأجر ، وإن كان قبله . . استقرض عليه من المالك أو أجنبي أو بيت المال ، ولو كان العامل حاضراً وامتنع من العمل . . استأجر عليه أيضاً .

قال : (**وإن لم يقدر على الحاكم**) بأن كان فوق مسافة العدوىٰ أو كان حاضراً ولم يجبه (. . **فليشهد على الإنفاق إن أراد الرجوع**) ؛ لأنه المتيسر ، وكذا على العمل إن عمل بنفسه ليرجع ، فإن تعذر الإشهاد . . لم يرجع في الأصح .

والمراد بـ(الإشهاد) : أن يشهد على العمل والاستئجار ، وأنه بذل ذلك ليرجع ، فإن لم يتعرض للرجوع . . لم يرجع عند الجمهور[1] ، فظاهر إطلاق المصنف وغيره الرجوع ؛ فإنهم أطلقوا الإشهاد ، وأهمله المصنف في « تصحيحه » .

قال : (**ولو مات وخلف تركة . . أتم الوارث العمل منها**) ؛ لأنه حق واجب علىٰ مورثه ، وهـٰذا تفريع على الأصح أن عقدها لا ينفسخ بالموت كالإجارة ، فإن امتنع . . استأجر الحاكم .

وقيل : ينفسخ .

وإذا امتنع الوارث من الإتمام . . صار موت العامل كهربه ، فيعود فيه ما تقدم إلا أنه لا يستقرض على الميت ؛ لخراب ذمته .

والمصنف وصاحب « التنبيه » أطلقا المسألة ، وهي مقيدة بما إذا كانت واردة على الذمة[2] ، فإن كانت على العين . . انفسخت بموته كالأجير المعين .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ ٱلْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ . وَلَوْ ثَبَتَتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ . . ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ . . ٱسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ عَامِلٌ . . . .

قال : (**وله أن يتم العمل بنفسه أو بماله**) سواء خلف تركة أم لا ؛ لأنه لا يجب عليه الوفاء من التركة المخلفة ، فلو كان الميت هو المالك . . فالعقد باق بحاله ، ويستمر العامل ويأخذ نصيبه في إجارة العين والذمة ، وإنما يلزم المالك تمكين الوارث من العمل بنفسه إذا كان أميناً مهتدياً إلىٰ أعمال المساقاة .

قال : (**ولو ثبتت خيانة عامل . . ضم إليه مشرف**) ؛ لأنه مستحق للعمل ويمكن استيفاؤه منه بهٰذه الطريقة فتعين جمعاً بين الحقين ، ويعرف ذلك بالإقرار أو البينة أو بيمين المدعي بعد النكول .

وقول المصنف : (استؤجر من ماله) صريح في أن أجرة الأجير على العامل ، ولا خلاف فيه ؛ لأن العمل مستحق عليه ، وأما أجرة المشرف . . فالأصح : أنها عليه أيضاً ؛ لأنه الذي أحوج إلىٰ ذلك بخيانته .

وقيل : عليهما ، فلو ادعى المالك الخيانة من غير ذلك . . فالقول قول العامل مع يمينه .

وإذا ادعىٰ عليه أنه سرق وقصد تغريمه . . لم تسمع الدعوىٰ إلا معلومة[1] ، وإن قصد رفع يده عن الثمرة . . سمعت مجهولة وليس هٰذا من المواضع المستثناة من سماع الدعوىٰ بالمجهول ؛ لأن هٰذا إنما هو دعوىٰ خيانة وهي أمر معلوم فيحلف عليه أو تقام البينة ، لٰكنه يشارك الدعوىٰ بالمجهول في الصورة ، ثم إن الأصحاب اتفقوا علىٰ أن عامل المساقاة أمين وإن ترددوا في الأجير المشترك والوكيل بجعل .

وفرق ابن الرفعة بأن الجعل لهما محقق فغلب غرضهما ، وهنا لم يتحقق الغرض للعامل فغلب غرض المالك ؛ لحصول تنمية شجره .

قال : (**فإن لم يتحفظ به . . استؤجر من ماله عامل**) ؛ لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه والقدرة عليه بهٰذه الطريق .

---

(١) في هامش (ك) : (ما ذكره الشارح من التفصيل المذكور مرجوح تبع « الروضة » عليه ، والمعتمد عدم سماع الدعوىٰ مجهولة مطلقاً سواء للتغريم أم لرفع اليد) .

وَلَوْ خَرَجَ ٱلثَّمَرُ مُسْتَحَقّاً . فَلِلْعَامِلِ عَلَى ٱلْمُسَاقِي أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ . . . .

قال : (**ولو خرج الثمر مستحقاً**) كما إذا كانت الأشجار موصىً بثمرتها وهو أحسن من قول غيره : ولو خرج الشجر مستحقاً .

قال : (. . **فللعامل على المساقي أجرة المثل**) كما لو غصب نقرة واستأجر رجلاً فضربها . . يأخذها المالك ويرجع الضراب بالأجرة على الغاصب .

وقيل : لا أجرة ؛ لأنه الذي أتلف منفعة نفسه ، وكما لو فاتت الثمار بجائحة .

وإذا اختلفا في القدر المشروط للعامل ولا بينة . . تحالفا كما في القراض ، وله أجرة مثله إن كان بعد العمل .

مهمة :

بيع الأشجار المساقىٰ عليها جائز ، وخرجه الرافعي علىٰ بيع المستأجر ، وأفسد ابن الرفعة التخريج وقال : إنها ملحقة ببيع الثوب عند القصار المستأجر علىٰ قصارته قبل العمل ، والمفتىٰ به : الصحة مطلقاً خرجت الثمرة أم لا ، وأن للمشتري الخيار إذا لم يعلم ، هـٰذا منصوص « البويطي » وهو المعتمد[1] .

تتمة :

إذا لم تثمر الأشجار وتلفت كلها بجائحة أو غصب . . فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرر به ، كما أن عامل القراض يكلف التنضيض مع الخسران ، قاله المتولي والفوراني[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (هو رأي مرجوح ، والأصح الذي أفتىٰ به البغوي : أنه إن باع قبل ظهور الثمر . . لم يصح ؛ لأن للعامل حقاً فيه ثمرها فكأنه استثنىٰ بعضه ، وكذا إن باع ما يخصه من الثمر بعد ظهوره دون الأصل ؛ للحاجة إلىٰ شرط القطع وتعذره في الشائع ، فإن باعه مع الأصل . . صح وكان العامل مع المشتري كما كان مع البائع ، واستحسن في « الروضة » [٥/١٦٧] ما قاله البغوي ، وجزم به في « الأنوار ») .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

قال الرافعي : وهو أصح مما ذكره البغوي أنه إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة . . ينفسخ العقد إلا أن يزيد بعد تمام العمل وتكامل الثمار ، وإذا هلك بعضها فإن شاء العامل . . فسخ ، وإن شاء . . أتم العمل وأخذ نصيبه .

* * *

خاتمة

سواقط الأشجار ـ وهي السعف والكرناف ونحوها ـ للمالك فإن شرطها للعامل[١] . . بطل العقد قطعاً ، والشماريخ مشتركة بينهما ، وفي دخول العرجون وجهان في « البحر »[٢] .

وفي « فتاوى القاضي خان » وغيره من الحنفية : يجوز وضع الجماجم على الزروع[٣] خوفاً من العين ؛ لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : (يا نبي الله : إنا أهل زرع ، وإنا نخاف العين ، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تضع الجماجم على الزرع)[٤] .

والله سبحانه وتعالىٰ أعلم[٥] .

* * *

(١) في هامش (ك) : (أوْلَهما) .
(٢) في هامش (ك) : (أوجههما : أنه للمالك) .
(٣) في هامش (ك) : (إذا أراد به جزءاً من الآدمي . . فهو لا يجوز قطعاً) .
(٤) أخرجه البيهقي (٦/ ١٣٨) .
(٥) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف) . وهنا انتهى الجزء الثاني من النسخة (ز) ، وفي خاتمتها : (نجز الجزء الثاني من « شرح المنهاج » في ثالث شهر صفر من شهور سنة خمس وخمسين وثمان مئة ، يتلوه الجزء الثالث كتاب الإجارة ، والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً ، وظاهراً وباطناً حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد خاتم أنبيائه ورسله ، وعلىٰ آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلىٰ يوم الدين) .

كتاب الإجارة

كِتَابُ ٱلإِجَارَةِ

كتاب الإجارة

المشهور كسر همزتها ، وحكى الرافعي وابن سيده ضمها وصاحب « المستعذب » فتحها ، وهي : إما مصدر أجر أو اسم مصدر ، واشتقاقها من الأجر وهو الثواب تقول : آجرك الله ، أي : أثابك ، وكأن الأجرة عوض عمله كما أن الثواب عوض عمله .

وهي في الشرع : عقد علىٰ منفعة مقصودة معلومة بعوض معلوم ، فخرج بالمقصودة : التافهة كاستئجار تفاحة للشم ، وبمعلومة : الجعالة .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ .

وقوله : ﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ﴾ .

قال ابن مسعود : (أصح الناس فراسة ثلاثة : العزيز حيث قال لامرأته : ﴿ أَكْرِمِي مَثْوَىٰهُ ﴾ ، وابنة شعيب حيث قالت : ﴿ يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ﴾ ، وأبو بكر حيث استخلف عمر) .

وفي الاستدلال بالآيتين نظر في « المهمات » .

وفي « صحيح البخاري » [٢١٤٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم والصديق استأجرا رجلاً من بني الديل يقال له عبد الله بن الأريقط) .

وروىٰ مسلم عن ثابت بن الضحاك : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة) .

وروى ابن ماجه [٢٤٤٣] والبيهقي [٦/ ١٢٠] : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه » .

و(أن علياً أجر نفسه من يهودي فاستقىٰ له الماء كل دلو بتمرة حتى استقىٰ بضعاً وأربعين دلواً)[١] .

وفي « الصحيحين » وغيرهما : (أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجرة) .

والحاجة تدعو إليها ؛ إذ ليس لكل أحد مركوب ومسكن وخادم فجوزت للضرورة ، وأجمع عليها الصحابة والتابعون ، ولا مبالاة بخلاف الفاساني والأصم وابن علية[٢] ؛ فإنهم أنكروا الإجارة ، وهـٰذا القول جهل ممن قاله .

وأركانها أربعة : عاقد وصيغة وأجرة ومنفعة .

قال : (**شرطهما كبائع ومشتر**) من التكليف والاختيار ؛ لأنها صنف من البيع ، لـٰكن سبق أن إسلام المشتري شرط إذا كان المبيع رقيقاً مسلماً ، وهنا لا يشترط فيصح من الكافر استئجار المسلم كما تقدم في أول البيع ، وعلم منه أن الأعمىٰ لا تصح إجارته كما لا يصح بيعه ، لـٰكن له أن يؤجر نفسه .

وفي « فتاوى المصنف » : لو أجر السيد عبده نفسه .. لم يصح[٣] ، ويجوز أن يبيعه نفسه ، وتقدم في أول (البيع) أيضاً عن الماوردي والروياني : أنهما جوزا أن يؤجر السفيه نفسه فيما ليس بمقصود من عمله كالحج[٤] ؛ لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره .. كان له ذلك بعوض أولىٰ ، بخلاف المقصود من عمله .

وقوله : (شرطهما) كذا هو بخط المصنف مثنىٰ أي : شرط المؤجر والمستأجر ولم يتقدم لهما ذكر ولـٰكن الإجارة تدل عليهما ، وهـٰذا هو الركن الأول .

---

(١) الترمذي (٢٤٧٣) ، وابن ماجه (٢٤٤٦) ، والبيهقي (٦/ ١١٩) .

(٢) في هامش (ت) : (ابن علية اسمه إسماعيل ، وعلية اسم أمه) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلصِّيغَةُ : أَجَّرْتُكَ هَـٰذَا ، أَوْ أَكْرَيْتُكَ ، أَوْ مَلَّكْتُكَ مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ أَوِ ٱسْتَأْجَرْتُ أَوِ ٱكْتَرَيْتُ . . . .

فرع :

الأصح في (باب القسمة) : أن الشريكين في العقار إذا تنازعا . . يؤجر عليهما الحاكم ، وفي وجه : يعرض عنهما .

قال ابن الصلاح : ومن علمائنا من زل فقال : يغلق عليهما ، وقواعد الشريعة تأباه وخصوص الغلق لا يعرف لأحد ، فإذا قلنا : إن الحاكم يؤجر عليهما . . فالظاهر أن الأمر في قدر المدة راجع إلىٰ ما يراه[1] .

قال : (**والصيغة : أجرتك هـٰذا ، أو أكريتك ، أو ملكتك منافعه سنة بكذا ، فيقول : قبلت أو استأجرت أو اكتريت**) هـٰذا متفق عليه ، وهو الركن الثاني ، فأما اللفظان الأولان . . فهما أصل الباب ومجمع عليهما .

وأشار المصنف بقوله : (سنة بكذا) إلى اشتراط التأقيت وذكر الأجرة ؛ لأن به تنتفي الجهالة ومقتضاه أنه يصح وإن لم يقل من الآن وهو الأصح كما سيأتي[2] ، لـٰكن صحح في « الكفاية » اشتراطه وبه جزم العراقيون .

وبقوله : (فيقول : قبلت) إلى اشتراط القبول على الفور فلا تكفي المعاطاة خلافاً لأبي الحسن الكرجي ـ بالجيم ـ من أصحابنا فإنه قال : تنعقد بالمعاطاة ، وقد صرح في « شرح المهذب » بجريان الخلاف في (المعاطاة) هنا وفي (الرهن) و(الهبة) .

وعلم من اشتراط الصيغة : أنه لو سكن دار رجل مدة[3] ولم يذكر أجرة . . لم يكن للمالك مطالبته بها .

مهمة :

مقصود الإجارة المنافع ، وهي مورد العقد عند جمهور أصحابنا والمالكية وأكثر

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (أي : بإذنه) .

وَٱلْأَصَحُّ : ٱنْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ : أَجَّرْتُكَ مَنْفَعَتَهَا ، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : بِعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا . .

الحنفية ، وقال أبو إسحاق منّا وبعض الحنفية : إن موردها العين ليستوفي منها المنفعة ؛ لأن المنافع معدومة .

قال الرافعي : ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً ، فالأول لا يقطع النظر عن العين ، والثاني لا يعني بها تملكها كملكها بالشراء بل لينتفع بها ، ووافقه في « الروضة » علىٰ أن الخلاف لفظي وليس كذلك ، بل له فوائد :

إحداها : الوجهان في المسألة الثانية عقبها .

الثانية : إذا لم يقبض العين المستأجرة ثم أراد إجارتها لغير مؤجرها . . ففيه خلاف مخرج علىٰ ذلك ، إن قلنا : موردها العين . . لم يصح ، أو المنفعة . . صح[1] .

الثالثة : الخلاف المشهور في استئجار الكلب ينبني علىٰ ذلك .

الرابعة : إجارة حلي الذهب بالذهب لا تجوز علىٰ وجه خرجه ابن الرفعة[2] علىٰ ذلك ، واتفقوا علىٰ صحة إيجار الحر نفسه ولم يخرجوه علىٰ ذلك ، ونقل أسعد الميهني عن بعض الأصحاب أن المعقود عليه شيء ملتزم في الذمة كسائر الديون .

قال : (**والأصح : انعقادها بقوله : أجرتك منفعتها**) ويكون ذكر المنفعة تأكيداً كقولك : بعتك عين هـٰذه الدار ، فإن البيع يصح .

والثاني : أنها لا تنعقد بذلك ، وبه قطع الإمام والغزالي واختاره الشيخ ؛ لأن لفظ الإجارة إنما يضاف إلى العين التي لها منفعة ، والمنفعة لا منفعة لها ، هـٰذا وضع اللفظ فيلغو ما خالفه .

قال : (**ومنعها بقوله : بعتك منفعتها**) ؛ لأن البيع موضوع لبيع الأعيان لا المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة .

والثاني : يصح ؛ لأنها صنف من البيع ، وهو قول ابن سريج واختاره الشيخ وقواه في « المهمات » نظراً إلى المعنىٰ ؛ فإن الإجارة بيع المنافع ، وشبه الخلاف بالخلاف

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَهِيَ قِسْمَانِ : وَارِدَةٌ عَلَىٰ عَيْنٍ كَإِجَارَةِ ٱلْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ . وَعَلَى ٱلذِّمَّةِ كَٱسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً . . . .

في انعقاد السلم بلفظ البيع لـٰكن الخلاف هناك : هل ينعقد بيعاً نظراً إلى اللفظ أو سلماً نظراً إلى المعنىٰ؟ وهنا : هل ينعقد إجارة أو يبطل؟

فإن قيل : قوله : (ملكتك منفعتها) المشهور فيه القطع بالصحة فما الفرق بينه وبين : بعتك منفعتها؟ فالجواب أن التمليك أعم ؛ لأنه يطلق علىٰ بيع الأعيان وبيع المنافع إطلاقاً واحداً ، والبيع عند الإطلاق يختص بالأعيان .

قال : (**وهي قسمان : واردة علىٰ عين كإجارة العقار ودابة أو شخص معينين ، وعلى الذمة كاستئجار دابة موصوفة ، وبأن يلزم ذمته خياطة أو بناء**) قال الشيخ : ليس المراد بالعين هنا ما تقدم فيه الخلاف بين أبي إسحاق وغيره ، وإنما المراد أن تكون مرتبطة بالعين ، والمراد بالعين المتقدمة المورد ، وإنما ذكر المصنف ذلك توطئة لما يترتب عليه من الأحكام الآتية .

وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ولهـٰذا لا يسلم فيه ، وإجارة الدابة قد تكون على العين كأجرتك هـٰذه الدابة ، وقد تكون على الذمة كأجرتك دابة صفتها كذا وكذا ، وكذا الشخص كأجرتك هـٰذا العبد أو عبداً صفته كذا .

وإجارة الذمة قد تكون بلفظ الإجارة كما ذكرناه ، وقد تكون بغيره كقوله : ألزمت ذمتك خياطة أو بناء بهـٰذه الدراهم ، أو أسلمت إليك هـٰذه الدراهم في خياطة كذا ، أو أسلمت إليك هـٰذه الدراهم في دابة صفتها كذا تحملني إلىٰ موضع كذا ، أو في عبد صفته كذا يبني لي كذا ، ولا بد في هاتين الصورتين من ذكر الحمل أو البناء ونحوهما ؛ لتنفصل عن حقيقة السلم في الأعيان إلى السلم في المنافع ، والسلم في المنافع جائز .

تنبيه :

المعروف بعد المعطوف بـ(أو) وجوب إفراد الضمير ، وأجابوا عن قوله تعالىٰ :

وَلَوْ قَالَ : ٱسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا . . فَإِجَارَةُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ : ذِمَّةٍ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ : تَسْلِيمُ ٱلْأُجْرَةِ فِي ٱلْمَجْلِسِ . وَإِجَارَةُ ٱلْعَيْنِ لاَ يُشْتَرَطُ فِيهَا ذَٰلِكَ ،

﴿ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ بأن ذلك جائز عند إرادة التنويع ، فكان الصواب أن يقول المصنف : أو (شخص معين) .

قال : (**ولو قال : استأجرتك لتعمل كذا . . فإجارة عين**) للإضافة إلى المخاطب كما لو قال : استأجرت هـٰذه الدابة .

قال : (**وقيل : ذمة**) ؛ لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب فكأنه قال : استحقيت عليك كذا .

وعلىٰ هـٰذا : إنما يكون عيناً إذا قال : استأجرت عينك أو نفسك لكذا أو لتعمل بنفسك كذا ، هـٰذا إذا أتىٰ بلفظ الإجارة ، فإن قال : ألزمتك لتعمل لي كذا . . فيحتمل أن يقال : إنه إجارة عين وهو الأقرب[1] ، ويحتمل أن يقال : إنه إجارة ذمة .

وإن قال : ألزمت ذمتك أن تعمل لي كذا . . فهنا يبعد القول بأنه إجارة عين ؛ للتصريح بالذمة .

قال : (**ويشترط في إجارة الذمة : تسليم الأجرة في المجلس**) كرأس مال السلم ؛ لأنها سلم في المنافع ، فإذا عقدت بلفظ الإجارة . . ففيها وجهان مشهوران بناء علىٰ أن النظر في العقود إلىٰ ألفاظها أو معانيها ، والأصح عند الأكثرين ـ كما صرح به في « التصحيح »[2] ـ : النظر إلى المعنىٰ ، فيشترط تسليم الأجرة في المجلس ، ويمتنع تأجيلها والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها ، وإن عقدت بلفظ الإجارة . . فالمشهور القطع بهـٰذه الأحكام .

قال : (**وإجارة العين لا يشترط فيها ذلك**) أي : التسليم في المجلس ، سواء كانت معينة أم في الذمة كبيع العين .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَجُوزُ فِيهَا ٱلتَّعْجِيلُ وَٱلتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي ٱلذِّمَّةِ ، وَإِنْ أُطْلِقَتْ . . تَعَجَّلَتْ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً . . مُلِكَتْ فِي ٱلْحَالِ . . . .

والمراد : أنه لا يشترط ذلك في صحتها ، وإلا . . فتسليم الأجرة لازم في مكان العقد إذا لم يعين غيره[1] .

قال : (**ويجوز فيها التعجيل والتأجيل إن كانت في الذمة**) كالثمن ، واحترز عما إذا كانت معينة . . فإن الأعيان لا تؤجل .

قال : (**وإن أطلقت . . تعجلت**) كالثمن في البيع المطلق .

قال : (**وإن كانت معينة . . ملكت في الحال**) كما يملك المستأجر المنفعة بنفس العقد ، وهل يملكها ملكاً مستقراً أو مراعىً؟ قولان أصحهما : الثاني كما تقدم في (كتاب الزكاة) ومعناه : أنه كلما مضىٰ جزء من الزمان على السلامة . . بان أن ملك المؤجر استقر علىٰ ملك ما قابل ذلك .

وقال أبو حنيفة : يملكها شيئاً فشيئاً إلا أن المطالبة كل لحظة تعسر ، فكلما مضىٰ يوم طلبت أجرته .

وقال مالك : لا يستحق الأجرة إلا إذا مضت المدة بتمامها ، هـٰذا في ملكها ، أما في استقرارها . . فلا تستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها كما ذكره المصنف في آخر الباب .

فرع :

أجر ناظر الوقف سنين وأخذ الأجرة . . لا يجوز له أن يدفع جميعها للبطن الأول ، وإنما يعطي بقدر ما مضىٰ من الزمان ، فإن دفع أكثر منه فمات الآخذ . . ضمن الناظر تلك الزيادة للبطن الثاني ، قاله القفال في « الفتاوىٰ » .

وقياسه : أن الموقوف عليه إذا أجر . . لا يتصرف في جميع الأجرة لتوقع انتقالها لغيره بموته .

---

(١) في هامش (ت) : (قال الغزي : وفي البداءة عند التنازع خلاف ، قال المتولي : كالبيع ، وخالف الماوردي فقال : لا يجب تسليم العين المستأجرة) .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً ، فَلاَ تَصِحُّ بِٱلْعِمَارَةِ وَٱلْعَلْفِ ، . . . .

وقال ابن الرفعة[1] : للموقوف عليه أن يتصرف في جميع الريع ؛ لأنه ملكه في الحال ، قال : وكان بعض القضاة الفضلاء يمنعه من التصرف في جميعه ، وكذلك ما يحل[2] من أجرة الموقوف بالوفاة ، قال : ويحتمل أن يمكن من ذلك بكفيل .

قال الشيخ : وينبغي التفصيل بين طويل المدة وقصيرها ، فإذا طالت بحيث يبعد احتمال الموجود من أهل الوقف . . منع من التصرف ، وإن قصرت المدة . . فيظهر ما قاله ابن الرفعة .

قال : (**ويشترط كون الأجرة معلومة**)[3] أي : جنساً وقدراً وصفة كالثمن في البيع ، هـٰذا إذا كانت في الذمة ، فإن كانت معينة مشاهدة . . كفىٰ ذلك كالثمن .

وأما إيجار عمر أرض السواد بأجرة مجهولة . . فلما فيه من المصلحة العامة المؤبدة كما قاله الشيخ عز الدين في « القواعد » ، قال : ولو أجرها مستأجرها بأجرة مجهولة . . لم يصح في الأصح[4] ؛ إذ يجوز للمصالح العامة ما لا يجوز للخاصة .

وقد تقدم في أول (البيع) قبيل قول المصنف : (ولا يصح شراء الكافر المصحف) ما يشهد لهـٰذا .

قال : (**فلا تصح بالعمارة والعلف**) للجهالة ، وضبط المصنف العلف بإسكان اللام وفتحها إشارة إلى البطلان في الحالين .

ولو استأجر أجيراً بكسوته ونفقته . . فسد ، خلافاً لمالك وأحمد فإنهما قالا : يصح ويستحق الوسط ، فلو استأجر الدابة بقدر معلوم من الشعير وضبطه بصفات السلم . . جاز ، أو بالأرطال من الخبز . . انبنىٰ علىٰ جواز السلم فيه .

---

(١) في هامش (ك) : (ما قاله ابن الرفعة هو الأصح ، وعلم أنه لا رجوع على الناظر ، بل يرجع علىٰ تركة من قبضه) .

(٢) في هامش (ت) : (من الحلول لا من الحل) .

(٣) في هامش (ت) : (نهىٰ صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتىٰ يبين له أجره ، رواه البيهقي [٦/ ١٢٠]) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

ولو استأجر داراً بدراهم معلومة علىٰ أن يعمرها ولا يحسب ما أنفق . . لم يجز ، وكذا لو استأجرها بدراهم معلومة علىٰ أن يصرفها في العمارة ، قال الرافعي : ثم إذا صرفها في العمارة رجع بها[1] ، وقيده ابن الرفعة بما إذا قصد بذلك الرجوع ، ومع ذلك عليه أجرة المثل ؛ لأنها إجارة فاسدة .

ولو استأجر الدار بدراهم معلومة من غير شرط ثم أذن له في صرفها في العمارة من غير شرط . . صح .

قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على اتحاد القابض والمقبض ؛ لوقوعه ضمناً .

ولو اختلفا في أصل الإنفاق أو قدره . . فقولان : أظهرهما : أن القول قول المستأجر ؛ لأنه ائتمنه .

وقيل : القول قول المؤجر .

قال : (**ولا ليسلخ بالجلد ويطحن ببعض الدقيق أو بالنخالة**) ؛ للجهالة ، ولأن الأجرة غير مقدور عليها في الحال ، ولأنها في معنى المؤجل بأجل مجهول .

وفي « الدارقطني » [٣/٤٧] و« البيهقي » [٥/٣٣٩] بإسناد حسن : عن أبي سعيد الخدري : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن قفيز الطحان) وأرجو أنه صحيح إن شاء الله تعالىٰ .

قال أهل الغريب : قفيز الطحان : أن يطحن ببعض الدقيق .

ولو استأجر علىٰ حمل مذكاة بجلدها أو رمي ميتة بجلدها . . فسد لذلك ، وكذلك إذا استأجر من يجني له الثمار بجزء منها .

قال الشافعي في « الأم » في (باب المزابنة) : ولا يجوز أن يكون أجيراً علىٰ شيء هو فيه شريك[2] وذلك كأن يقول : اطحن لي هـٰذه الويبة[3] ولك منها ربع أو ما أشبه

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) الوَيْبَة : كيل مصري معروف ، وهي تساوي سدس إرْدَب كما تساوي كيلتين ، فالوَيْبة= ١٦,٥×٢= ٣٣ لتراً . اهـ « المكاييل والموازين » .

وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقاً بِبَعْضِهِ فِي ٱلْحَالِ . . جَازَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

ذلك ، واستعمال الشافعي هٰذه العبارة يدل علىٰ أنه صنفها بمصر .

قال : (**ولو استأجرها لترضع رقيقاً ببعضه في الحال . . جاز على الصحيح**) كما لو استأجر شريكه وشرط له زيادة من الثمرة . . فإنه يجوز كما تقدم(١) .

وكما لو انهدم الحائط المشترك فأعاده أحدهما بالنقض المشترك بشرط أن يكون له ثلثا الملك . . فإنه يصح ، ويكون النصف له بحق ملكه والسدس بعمله .

والثاني : لا يجوز ؛ لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر .

واحترز المصنف بقوله : (في الحال) عما إذا استأجرها ببعضه بعد الفطام . . فإنه لا يصح قطعاً فقوله : (في الحال) متعلق ببعضه .

فرع :

قال الشيخ رحمه الله : يقع في هٰذا الزمان في جباة الأموال أن يجعل لهم نصف العشر مما يستخرجونه وهٰذا يشبه قفيز الطحان ، وبعضهم يحترز فيقول : نظير نصف العشر ، وإذا احترز وقال ذلك . . لا يصح أيضاً إجارة ، وهل يصح جعالة؟ فيه نظر(٢) .

---

(١) في هامش (ت) : (نقل الغزي عن البغوي : أن ظاهر المذهب يجوز فيه أن يستأجر أحد الشريكين صاحبه في الحنطة ليطحنها ، والدابة ليتعهدها بدراهم أي : أو سرج الخيل ، ثم يتقاسمان أو يطحن الجميع والدقيق مشترك . اهـ

وظاهره مخالف لما أسلفه المصنف من نص « الأم » ، وحاول السبكي على الجمع بينهما حيث قال : فالتحقيق : أنه إن وقع الإيجار على الجميع . . لم يصح ، أو علىٰ حصة المستأجر فقط . . جاز إن كان العقد مع الشريك أو مأذونه ، واستئجار الشريك المرضعة علىٰ هٰذا التفصيل ، فيحمل كلام الشافعي علىٰ إرادة الجميع ، وكلام البغوي ومن وافقه علىٰ إرادة البعض .

وفسر الإطلاق تفسيراً أن يترك قرينة علىٰ حصته ، وهٰكذا في مسألة الكتاب لا بد من التنصيص ، أو قرينة قوية تدل علىٰ أن الاستئجار للحصة الباقية فقط . لخصته من « الغزي ») .

(٢) في هامش (ك) : (والوجه : أنه لا يصح جعالة أيضاً ؛ لأنه يشترط فيها أن يكون الجعل معلوماً مقدور التسليم) .

وَكَوْنُ ٱلْمَنْفَعَةِ مُتَقَوَّمَةً ، فَلاَ يَجُوزُ ٱسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَىٰ كَلِمَةٍ لاَ تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَت ٱلسِّلْعَةَ ، . . . .

فائدة :

روى البيهقي [٦/١٢١] عن ابن عباس : (أنه كان لا يرىٰ بأساً أن يدفع الرجل إلى الرجل الثوب فيقول : بعه بكذا وكذا فما زاد فهو لك) قال : وهـٰذا علىٰ سبيل المراضاة لا علىٰ سبيل المعاقدة[1] وإذا قلنا بجوازه فامتنع المالك من دفعه له . . فهل يستحق أجرة المثل ؛ لأنه عقد فاسد ، أو لا يستحق شيئاً ؛ إذ لا عقد؟ فيه نظر ، والأقرب الثاني[2] .

قال : (**وكون المنفعة متقومة**) ليحسن بذل المال في مقابلتها ، وإلا . . كان تبذيراً كاستئجار التفاحة الواحدة للشم ؛ لأنها لا تقصد له فإن كثر التفاح . . قال الرافعي : فالوجه الصحة[3] ؛ لأنهم نصوا علىٰ جواز استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين ، ورده الشيخ بأن المنفعة مقصودة في المسك بالشم بخلاف التفاح ، وأشار إلىٰ ذلك في « المهمات » ، وحكى الجاجرمي في « كفايته » وجهين في جواز إجارة الرياحين للشم .

والمراد هنا بالمتقوم : ما له قيمة ، لا ما يقابل المثلي ، وسقوط القيمة إما لتحريمه وإما لخسته وإما لقلته ، فتلخص أن شروط المنفعة خمسة : أن تكون متقومة مقدوراً عليها معلومة واقعة للمستأجر ولا يتضمن العقد عليها استيفاء عين .

قال : (**فلا يجوز استئجار بياع علىٰ كلمة لا تتعب وإن روجت السلعة**) كما لا يصح بيع ما لا ينتفع به لقلته كحبتي الحنطة ، وقال محمد بن يحيىٰ : هـٰذا في

---

(١) في هامش (ت) : (ومنه قول أبي هريرة : كنت أجيراً لابنة غزوان علىٰ طعام بطني وعقب رجلي ، ومنه الحج بالرزق فإنه يجوز كما قاله صاحب « العمدة ») .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

مستقر القيمة في البلد كالخبز واللحم ، أما الثياب والعبيد وما يختلف ثمنه باختلاف المتعاقدين . . فللبائع فيه مزيد نفع[١] .

قال الشيخ : وقول الأصحاب : (كلمة لا تتعب) تشمل ما إذا كانت تلك الكلمة غير لفظ الإيجاب والقبول مما يروج السلعة ، بل الظاهر أنه ليس مرادهم إلا ذلك ، فإذا فرض فيها نفع بلا تعب . . فقياس ما قاله محمد بن يحيى الجواز ، وصريح كلام الأصحاب المنع[٢] ، وإذا ضبط ذلك بما هو مستقر القيمة دون غيره . . فلا يطرد ، وإنما هو علىٰ سبيل المثال ، وضابطه النفع وعدمه كما ذكرناه ، والأصحاب مصرحون بأنه مع النفع لا يصح ، ولذلك قال المصنف : (وإن روجت السلعة) .

واحترز بقوله : (لا تتعب) عما إذا كان يحتاج إلىٰ أعمال كثيرة في البيع . . فيصح .

فروع :

قال الرافعي في (باب الأذان) : لا تصح الإجارة على الإقامة ؛ إذ لا كلفة فيها ، بخلاف الأذان فإن فيه كلفة لمراعاة الوقت[٣] ، قال : وليست صافية عن الإشكال ؛ لأن في الإقامة كلفة أيضاً ؛ لالتزامه حضور مكان الجماعة في الأوقات الخمس ، فينبغي أن يصح لا سيما عند التبعية للأذان .

وقال القاضي : إذا استأجر علىٰ أن يعلم غلامه شيئاً من القرآن ، فإن كان يحفظ من مرة أو مرتين . . لم يجز[٤] .

وفي « الإحياء » : لا يجوز أخذ العوض علىٰ كلمة يقولها الطبيب بفيه علىٰ دواء انفرد بمعرفته كما لو عرف شيئاً يقطع البواسير ؛ إذ لا مشقة عليه في التلفظ به ،

---

(١) في هامش (ك) : (إن حمل كلام محمد بن يحيىٰ علىٰ ما فيه تعب . . كان صحيحاً ، وإلا . . فهو ضعيف) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (وتدخل في الإجارة له) ورمز لقول الرافعي بالصحة .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ ، . . . .

بخلاف ما إذا عرف الصيقل الماهر إزالة اعوجاج السيف والمرآة بضربة واحدة . . فإن له أن يأخذ عليها عوضاً وإن كثر ؛ لأن هـٰذه الصناعات تتعب في تعلمها ليكتسب بها ويخفف عن نفسه كثرة التعب ، وأفتى البغوي بأن الاستئجار لذلك لا يصح[١] .

ويجوز استئجار الكتب سواء كانت قرآناً أو علماً أو شعراً أو غير ذلك ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز استئجارها ؛ لأنه استئجار للنظر المجرد فلم يجز كما لو استأجر حائطاً مزوقاً للنظر إليه .

لنا : أنها منفعة مقصودة بجواز إعارتها ، وأما الحائط فإن كان عليه نقش يريد أن يتعلمه . . جاز .

قال : (**وكذا دراهم ودنانير للتزيين**) ؛ لأنها منفعة تافهة لا تقابل بالأعواض ، إنما منفعتها المقصودة صرفها المفوت لشرط الإجارة فهي لا تتأتىٰ مع بقاء عينها كما قيل : بئس الصاحب الدرهم والدينار ؛ لا ينفعك إلا إذا فارقك ، ولأن منفعتها لا تضمن بالغصب وإن طالت مدته .

والثاني : يصح ؛ لأن الصيارفة يقصدون ذلك ، وهـٰذا مراد المصنف بالتزيين ، وجعل هـٰذا الماوردي القياس ، والخلاف جار في استئجارها للضرب علىٰ عيارها .

وفي استئجار الحبوب ليعاير بها مكيال وجهان[٢] ، واستئجارها للتزيين ممتنع قطعاً ، وقيل : على الوجهين .

وأشار بقوله : (للتزيين) إلىٰ أنه لا بد من ذكره ، فإن أطلق . . لم يصح قطعاً ؛ لأن تعيين الجهة في الإجارة شرط .

فروع :

أفتى ابن الصباغ بفساد إجارة الشموع للإشعال ؛ إذ لا يستحق بالإجارة إفساد العين .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الظاهر منهما : عدم الصحة كما جزم به في « العباب ») .

وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَكَوْنُ ٱلْمُؤَجِّرِ قَادِراً عَلَىٰ تَسْلِيمِهَا ، . . . .

والأصح جواز استئجار البيغاء للاستئناس بصوتها ، وكذا كل ما يستأنس بلونه كالطاووس أو صوته كالعندليب .

وعن القاضي أبي الطيب : لا يصح استئجار البستان للنظر إليه[1] ، والقياس طرد الوجهين ، ولا خلاف أنه لا يجوز استئجار الفهد وسائر الجوارح المعلمة والسنور لاصطياد الفأر[2] ، وكذا الخنزير وحشرات الأرض .

ولا يجوز أن يستأجر بركة ليأخذ منها السمك ، فإن استأجرها ليحبس فيها الماء حتىٰ يجتمع فيها السمك . . جاز في الأصح .

واستئجار الأشجار لثمرتها باطل ، ولربط الداوب ونشر الثياب عليها والوقوف في ظلها الأصح جوازه .

وقال الإمام الشافعي : تجوز إجارة الحلي والجواهر وسائر ما تلبسه النساء[3] ، فإن كان الحلي ذهباً فاكتراه بذهب أو فضة . . جاز من غير اشتراط قبض في المجلس ؛ لأنه لا ربا بين الذهب ومنافع الذهب .

وتجوز إجارة الطسوس والقدور والأباريق وسائر الأعيان التي ينتفع بها مع بقاء عينها إذا شرطت منفعتها المعلومة ، في مدة معلومة ، وكذلك القسي والنشاب والرماح .

قال : (**وكلب للصيد في الأصح**) ؛ لأن الكلب لا قيمة لعينه فكذا منفعته ، وكذلك استئجاره للزرع والحراسة والماشية وغيرها مما يجوز اقتناؤه له .

والثاني : يصح ، واختاره الإمام والغزالي ، وقد تقدم بناء الوجهين ، ومحلهما في المعلم فلا يجوز استئجار غيره قطعاً .

قال : (**وكون المؤجر قادراً علىٰ تسليمها**) أي : حساً وشرعاً ، وهـٰذا هو الشرط الثاني للمنفعة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا رأي مرجوح ، والأصح الجواز) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلاَ يَصِحُّ ٱسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ وَأَعْمَىً لِلْحِفْظِ ، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لاَ مَاءَ لَهَا دَائِمٌ ، وَلاَ يَكْفِيهَا ٱلْمَطَرُ ٱلْمُعْتَادُ ، . . . .

قال : (**فلا يصح استئجار آبق ومغصوب**) كما لا يصح بيعهما .

قال الشيخ : لـٰكن تقدم في بيع المغصوب من قادر على انتزاعه خلاف فليكن هنا كذلك ، وقد صرح به القاضي في (باب الغصب) والمتولي في (بيع الغرر) .

ويؤخذ من هـٰذا الشرط أنه لا يصح إيجار العبد المنذور عتقه والمشروط عتقه على المشتري ، وقد صرح بذلك في « شرح المهذب »[١] .

وشملت القدرة على التسليم ملك الأصل وملك المنفعة ليدخل المستأجر ؛ لأنه ملك المنفعة ، وكذلك المقطع فإنه يؤجر كما أجاب به المصنف في « فتاويه »[٢] ، قال : ولا يمنع من ذلك كون الأرض معرضة لأن يستردها السلطان منه بموت أو غيره ، كما يجوز للزوجة أن تؤجر العين التي هي صداقها قبل الدخول وإن كانت قد تسترد منها بفسخ النكاح ، وفيما قاله نظر ؛ لأن الزوجة ملكت العين بالعقد ملكاً تاماً ، ولها التصرف فيها بالبيع وغيره ، بخلاف الإقطاع ، لا جرم خالفه ابن الفركاح وولده وجماعة من الشاميين فأفتوا بالبطلان بناء علىٰ أن المقطع لم يملك المنفعة وإنما أبيح له الانتفاع كالمستعير .

قال : (**وأعمى للحفظ**) المراد حفظ ما يحتاج إلى النظر ؛ لاستحالة ذلك منه ، وكذلك الأخرس للتعليم ، فلو استؤجر علىٰ شيء يمسكه . . فالظاهر الصحة[٣] .

كل هـٰذا في إجارة العين ، أما إجارة الذمة . . فتصح ؛ لأنها سلم وعلى المسلم إليه تحصيل المسلم فيه بأي طريق كان .

قال : (**وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد**) وكذا ما في معناه من ثلج ونحوه وإن توقع ذلك نادراً ؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها ، فلو قال المؤجر : أنا أحفر لك بئراً وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر . .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ، . . . .

صحت الإجارة ، قاله الروياني[1] ، وقال في « المطلب » : إنه الذي تظهر صحته ، ونص « الأم » يشير إليه .

تنبيهان :

أحدهما : محل ما ذكره المصنف إذا صرح بالإيجار للزراعة ولم يذكر أنه لا ماء لها ، فإن قال ـ مع قوله للزراعة ـ : إنه لا ماء لها . . قال الشيخ : فإطلاق أكثر الأصحاب يقتضي البطلان ؛ لذكره الزراعة[2] ، وكلام الجوري صريح في الصحة .

قال : وينبغي أن يقال : إن أمكن إحداث ماء لها بحفر بئر ونحوه ولو بكلفة . . صح ؛ لأن المستأجر دخل علىٰ ذلك وهو ممكن .

الثاني : احترز بقوله : (للزراعة) عما إذا استأجرها للسكنىٰ . . فإنه يجوز سواء كانت في محل يصلح له أم لا كالمفازة ، وإن كان لنا وجه : أن المسافر إذا نوى الإقامة بموضع لا يصلح للسكنىٰ . . لم ينقطع ترخص السفر عنه إلغاء لنيته حيث نوىٰ ما لا يمكن ، ولعل الفرق أن السكنىٰ تتأتىٰ في الأرض بأي صفة كانت ، وإن كان في حال مروره مع رفقة . . فلا منافاة .

قال : (**ويجوز إن كان لها ماء دائم**) أي : من عين أو بئر أو نهر كبير كالنيل فلو قال : أكريتك هـٰذه الأرض البيضاء لتنتفع بها كيف شئت خلا البناء والغراس . . صح على المنصوص .

فرع :

تصح إجارة أراضي مصر للزراعة على الأصح قبل ريها إن كانت تروىٰ من الزيادة الغالبة ، وإذا استأجر الأرض بعد الري ، فإن انحسر الماء عنها . . صح ، وإلا ، فإن لم يرج . . لم يصح ، وإن علم انحساره . . صح ، وكذا إن رجي انحساره وقت الحاجة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا ٱلْمَطَرُ ٱلْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ ٱلثُّلُوجِ ٱلْمُجْتَمِعَةِ ، وَٱلْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**وكذا إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح**) ؛ لأن الظاهر حصول المقصود بها .

والثاني : المنع ؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال ، والماء المتوقع لا يعلم حصوله ، وبتقدير حصوله لا يعلم متىٰ يحصل .

حادثة :

سئل الشيخ عن رجل استأجر بلداً من مقطعها مدة معينة لينتفع بذلك مقيلاً ومراحاً وللزراعة إن أمكن ، ثم إن بعض الأرض شرق ولم ينلها ري ولم يمكن زرعها فهل يلزمه أجرة البلد كاملة؟

أجاب : هـٰذه العبارة جرت عادة المحققين من الوراقين يكتبونها حيلة لتصحيح الإجارة قبل الري ، وأخبرني شيخنا ابن الرفعة أن قاضي القضاة تاج الدين ابن بنت الأعز علمها لهم ، وقد فكرت في هـٰذه العبارة مع علمي بأن القاضي تاج الدين كان متضلعاً بفقه وعلوم متعددة مجموعة إلىٰ دين متين وهو ووالده شامة القضاة الذين ولوا بالديار المصرية رحمهم الله ، والذي استقر عليه رأيي أن هـٰذه الإجارة باطلة[1] ؛ لأن حقيقتها إيجار لثلاث منافع مشكوك في الثالثة منها إن خصصت الشرط بها وهو الظاهر في هـٰذا المكان ، وفي جميعها إن أعدته إلى الجميع كما هو المعروف من مذهب الشافعي ، وعلىٰ كل من التقديرين فالمعقود عليه غير معلوم ؛ لأنه علىٰ تقدير عدم إمكان الزرع لا يكون معقوداً عليه ، وشرط الإجارة أن تكون المنفعة التي يرد العقد عليها معلومة ، وينبغي أن يتنبه الوراقون والشهود والقضاة لذلك .

وطريق تصحيح هـٰذه الحيلة أن يقال : لينتفع المستأجر بذلك فيما شاء مقيلاً ومراحاً وللزراعة إن أمكن[2] ، وإذا قال كما قلنا . . فلا يحتاج أن يقول : إن أمكن وحذفه أولىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

والفرق بين هـٰذه العبارة والعبارة الأولىٰ : أن في هـٰذه عموماً فهو كما لو قال : بجميع المنافع ، أو لتنتفع كيف شئت . . فإنه يصح وله جميع المنافع .

وأما العبارة الأولىٰ . . فلا عموم فيها ، بل هي خاصة بثلاث منافع إحداها : وهي الزراعة لا يصح الاستئجار لها قبل الوثوق بالري ، وما لا يصح الاستئجار له وحده لا يصح الاستئجار له مع غيره ، فإن لم يعلقه على الإمكان . . فسد كذلك ، وإن علقه . . فسد لما قدمناه من جهالة المنفعة المقصودة بالعقد ، ولو أفرد وعلق على الإمكان . . فسد لأمرين :

أحدهما : كون الإجارة للزراعة قبل الري .

والثاني : تعليقه على الشرط والمنفعة المقصودة لا بد أن تكون منجزة ممكنة عقب العقد .

واقعة :

أجر أرضاً للزراعة فعطلها المستأجر فنبت فيها عشب فلمن يكون؟

أجاب شيخنا بأنه للمالك ؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة ، إنما تملك المنافع[1] .

واقعة أخرىٰ :

رجل اشترىٰ أرضاً خرساً وعمر بها أبنية ومعصرة للقصب ، ووقف ذلك علىٰ أولاده ثم مآل ذلك إلىٰ مصالح الحرمين ، ثم إن شخصاً ادعىٰ أن الأرض المذكورة وقف الحرمين ، وثبت ذلك ، فهل يجوز لأحد أن يؤجر الأرض المذكورة والحال أن بها الأبنية والغراس والأقصاب أو لا؟ وهل يؤمر المشتري المذكور بقطع غراسه ونقض أبنيته وطم آباره أو يبقىٰ ذلك بأجرة المثل لأجل إبقاء العين ووقف المشترىٰ؟

أجاب شيخنا شيخ الإسلام : لا يجوز لأحد أن يؤجر الأرض المذكورة لغير صاحب الأبنية والغراس والأقصاب وغير ذلك إن كان في إبقاء ما ذكر مصلحة الوقف

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلِامْتِنَاعُ ٱلشَّرْعِيُّ كَٱلْحِسِّيِّ ، فَلاَ يَصِحُّ ٱلِاسْتِئْجَارُ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ ، . . . . .

بأخذ أجرة محققة ممن حصل منه صلاح الأرض بعد أن كانت غير منتفع بها ، وكان في قلع ذلك احتمال أن تؤجر وأن لا تؤجر ، ولم يمنع من بقاء الآبار والأبنية شرط الواقف فعلى الناظر الإبقاء بالأجرة وإن كان في باب الأملاك للمالك القلع ؛ لأن المالك لا يتعين عليه أن يفعل لنفسه الأصلح ، والناظر عليه ذلك فيما نحن فيه ، فإن أورد المتعدي . . قلنا : المتعدي ظلم بتعديه ، وليس لعرق ظالم حق .

فإن قيل : إن المشتري شراء فاسداً كالغاصب فللناظر القطع مجاناً . . قلنا : هـٰذا معارض بأنه ينظر في المصلحة ، والمصلحة في الإبقاء ، ولا يترك المحقق للموهوم ، وهـٰذا يتقيد به إطلاقهم وهو من النفائس[١] .

قال : (**والامتناع الشرعي كالحسي ، فلا يصح الاستئجار لقلع سن صحيحة**) ؛ لأنها متعذرة التسليم شرعاً ، وكذا لقطع عضو سليم من الآدمي وغيره .

نعم ؛ يستثنىٰ ما إذا كانت مستحقة القلع كالتي تعلق بها قصاص ، أما العليل الجائز الإزالة . . فالأصح جواز الاستئجار له ، وكذلك قلع السن الوجعة إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إنه يزيله .

وإذا استأجر لقلعها فسكن الوجع أو برىء . . انفسخت الإجارة على الأصح[٢] ؛ لتعذر القلع .

وعلم من كلام المصنف أنه لا يجوز الاستئجار على التصوير .

وأغرب الماوردي في (كتاب النفقات) فقال : إذا استؤجر المصور علىٰ ذلك . . لا يستحق المسمىٰ ؛ لفساد العقد ، ولـٰكن له أجرة المثل . اهـ

قد قطع الأصحاب في الأواني بأنا إذا حرمنا اتخاذها . . لا يستحق عليها أجرة ، وكذلك لا يصح استئجار المسلم لبناء كنيسة ونحوها .

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) ورمز لقوله (وهو من النفائس) بالصحة .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا مبني علىٰ رأي مرجوح ، والراجح عدم الانفساخ بناءً علىٰ جواز إبدال المستوفي به كما في « المنهاج ») .

وَلاَ حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ ، وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلزَّوْجِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولا حائض لخدمة مسجد**) أي : إجارة عين سواء أمنت التلويث أم لا ؛ لمنعها من العبور ، لاقتضاء الخدمة المكث وفي معنى الحائض النفساء والمستحاضة ، وفي معنىٰ خدمة المسجد تعليم القرآن ، وللإمام والغزالي في ذلك احتمال : أنه يصح وقواه الشيخ ؛ لأن الخدمة في نفسها حلال وإنما المحرم المكث ، فهو كالصلاة في الدار المغصوبة ، فإذا فعلت . . وقع الموقع وإن عصت ، وأجابا بأنه حرام فيحرم الاستئجار عليه .

وأجاب ابن الرفعة بأن الصلاة في الدار المغصوبة حصلت عندها لا بها .

قال الشيخ : وهـٰذا مبني علىٰ قاعدة الأصوليين ، والفقهاء لا يوافقون علىٰ ذلك .

نعم ؛ ينبغي أن تستثنىٰ من ذلك الذمية فإنها إذا كانت حائضاً . . تمكث في المسجد إذا أمنت التلويث كالكافر الجنب(١) ، فلو أشرفت المرأة على الحيض فهل يجوز استئجارها لكنس المسجد؟

قال القاضي : لا نص فيها ، ولو منعناها . . لم يبعد .

وقال الإمام : تحتمل الصحة(٢) .

ولو استأجرها للكنس فحاضت . . انفسخ العقد إن استأجر عينها ، ولو دخلت وكنست . . عصت ولا تستحق الأجرة ، وإن استأجر ذمتها . . لم ينفسخ ؛ لإمكان إقامة غيرها مقامها .

قال : (**وكذا منكوحة**) أي : منكوحة غيره (**لرضاع أو غيره بغير إذن الزوج في الأصح**) ؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه فلا تقدر علىٰ توفية ما التزمته .

والثاني : يجوز ؛ لأن محله غير محل النكاح ، إذ لا حق للزوج في خدمتها ولا في لبنها ، وعلىٰ هـٰذا للزوج فسخه حفظاً لحقه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وهو الظاهر ؛ لأن المانع لم يحصل ثمَّ) .

. . . .

وعن « الكافي » وجه : أنه يصح ، ولا اعتراض للزوج عليها .

ويجوز استئجارها بإذن الزوج بلا خلاف ، ثم ليس له منعها مما اقتضاه عقد الإجارة .

وفي سقوط نفقتها وجهان كما لو سافرت بإذنه ، ولو أجرت نفسها ثم نكحت في المدة . . فالإجارة[1] بحالها ، وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته ، ولـٰكن له أن يستمتع بها في أوقات فراغها ، فإن كانت الإجارة للإرضاع . . فقيل لولي الطفل منع الزوج من وطئها ؛ لئلا تحبل فينقطع اللبن .

والأصح : لا ؛ لأنه متوهم لا يمنع منه الوطء المستحق .

ويجوز للزوج استئجار زوجته لكل عمل ، وكذا لإرضاع ولده منها على الأصح في غير إرضاع اللبأ فإنه واجب عليها كما سيأتي في (النفقات)[2] .

ولا يخفىٰ أن هـٰذا في إجارة العين ، فإن التزمت عملاً في الذمة . . صح وإن لم يأذن الزوج ، ثم إن وجدت فرصة وعملت . . استحقت الأجرة .

ومقتضىٰ تعليلهم أن الزوج لو كان صغيراً لا يتأتىٰ منه الانتفاع بها . . فيظهر أنه تجوز لها إجارة عينها ، وقد يقال بالمنع ؛ لأنها في هـٰذه الحالة تستحق عليه النفقة وهو الأظهر .

كل هـٰذا في الحرة ، أما الأمة . . فللسيد أن يؤجرها قطعاً بغير إذن الزوج قطعاً[3] ، وليس للزوج منعها من المستأجر ، والفرق اشتغال الزوجة الحرة بحقوق الزوج نهاراً وليلاً .

---

(١) في هامش (ك) : (ومقتضاه : السقوط) .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا وجه ضعيف ، والأصح : خلافه ، كما في « الروضة » في « باب نفقة القريب ») .

(٣) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : وينبغي أن تكون المكاتبة كالحرة ؛ إذ لا سلطنة للسيد عليها) .

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ ٱلْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ ٱلحَمْلَ إِلَىٰ مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا . وَلاَ تَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ ، . . . .

وقد أفتى الشيخ بأنه لا يجوز استئجار العكامين[1] للحج ؛ لأن الإجارة وقعت علىٰ عينهم للعمل فكيف يستأجرون بعد ذلك للحج؟ وهي مسألة عمت بها البلوىٰ .

وقد يقال : ذلك إنما يمتنع إذا كان العمل الذي استؤجر عليه منافياً لما استؤجر عليه أولاً ، وهنا لا منافاة ؛ إذ يمكن أن يأتي بأعمال الحج من غير إخلال بالعمل الأول[2] .

قال : (**ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة كألزمت ذمتك الحمل إلىٰ مكة أول شهر كذا**) ؛ لأن الدين يقبل التأجيل كما لو أسلم في شيء معلوم إلىٰ أجل معلوم ، وإن أطلق . . كان حالاً .

وقوله : (أول شهر كذا) يقتضي أنه تأجيل صحيح ، وهو ما قاله الإمام والبغوي بحثاً واختاره الشيخ[3] .

وقد تقدم في (السلم) عن جمهور الأصحاب أنه باطل ؛ لأنه يقع علىٰ جميع النصف الأول ، لا جرم مثل في « الشرح » و« الروضة » بغرة شهر كذا فلا اعتراض عليهما .

قال : (**ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة**) مثل إجارة الدار السنة المستقبلة ، خلافاً للأئمة الثلاثة وسموها : الإجارة المضافة .

لنا : أن إجارة العين كبيع العين ، وهو لو باعها علىٰ أن يسلمها بعد شهر . . لم يصح وكذا الإجارة .

واحترز بـ(العين) عن إجارة الذمة ؛ فإنه يحتمل فيها التأجيل والتعجيل كما تقدم .

---

(١) **العكام** : من العكم ، وهو الشد ، ويطلق على أجير الحجاج ؛ لأنه يشد الرحل .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ أَجَّرَ ٱلسَّنَةَ ٱلثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ ٱلأُولَىٰ قَبْلَ ٱنْقِضَائِهَا . . جَازَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . . . .

قال : (**فلو أجر السنة الثانية لمستأجر الأولىٰ قبل انقضائها . . جاز في الأصح**) ؛ لاتصال المدتين كما لو أجر منه السنتين في عقد واحد .

واعترض الغزالي بأنه قد تنفسخ الأولىٰ فلا يتحقق الاتصال ، وأجاب الرافعي بأن الشرط ظهوره فلا يقدح عروض الانفساخ ، وصرح في كلامه علىٰ ألفاظ « الوجيز » بأنه لو انفسخ العقد الأول . . لم يقدح في الثاني[1] ، وأسقطه من « الروضة » ، وهو فرع حسن .

والوجه الثاني : لا تجوز كما لو أجرها من غيره أو منه مدة لا تتصل بالمدة الأولىٰ وصححه الجويني وولده والغزالي ، وقال سليم والبندنيجي والروياني : إنه أقيس .

فلو أجرها لغير مستأجر الأولىٰ . . لم يجز جزماً ، لـٰكن يستثنىٰ ما لو قال : أجرتك سنة ، فإذا انقضت فقد أجرتك أخرىٰ . . فالعقد الثاني باطل على الصحيح ، وقد يجاب بأنه في هـٰذه ليس مستأجر الأولىٰ .

تنبيهان :

أحدهما : عبارة المصنف تقتضي أنه لا فرق بين أن تكون منافع السنة الأولىٰ باقية علىٰ ملك المستأجر أو انتقلت عنه ، فلو أجر العين مدة ثم باعها في أثنائها . . لم يكن للمشتري إيجارها السنة الثانية من المستأجر الأول ؛ إذ ليس بينهما معاقدة ، كذا نقله الشيخان عن القفال ، وتردد في الوارث هل يمكن من ذلك إذا مات المكتري والمكري؟ والظاهر الجواز ؛ لأن الوارث خليفة الموروث[2] .

والدار الموصىٰ بمنفعتها شهراً لو أكراها مالك الرقبة للموصىٰ له شهراً يلي الشهر الموصىٰ له به . . لا نقل فيها ، وقياس قول القفال : المنع ، قال الشيخ : وهو الأفقه[3] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (الأصح : الجواز في المسألتين) .
(٣) في هامش (ك) : (الأصح : الجواز) .

وَيَجُوزُ كِرَاءُ ٱلْعُقَبِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَهُوَ : أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلاً لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ ٱلطَّرِيقِ ، أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَـٰذَا أَيَّاماً وَذَا أَيَّاماً وَيُبَيِّنَ ٱلْبَعْضَيْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ . .

الثاني : شمل إطلاقه الطلق والوقف ، لـٰكن لو شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد قبل مضي المدة الأولىٰ . . أفتى ابن الصلاح بعدم صحة العقد الثاني[١] وإن فرعنا على الأصح هنا اتباعاً لشرط الواقف ؛ لأن المدتين المتصلتين في العقدين في معنى العقد الواحد ، وخالفه ابن الأستاذ فقال : ينبغي أنه يصح نظراً إلىٰ ظاهر اللفظ[٢] .

فرع :

أجر عيناً مدة فأجرها المستأجر لغيره ثم إن المؤجر والمستأجر الأول تقايلا . . قال الشيخ : الظاهر صحة الإقالة[٣] ولا تنفسخ الإجارة[٤] .

والفرق بينه وبين ما لو اشترىٰ عيناً فباعها من غيره ثم تقايل البائع والمشتري أنه لا يصح لانقطاع علق البيع بخلاف الإجارة ، وسيأتي في خاتمة الباب ما يشبه هـٰذا .

قال : (**ويجوز كراء العقب في الأصح ، وهو : أن يؤجر دابة رجلاً ليركبها بعض الطريق ، أو رجلين ليركب هـٰذا أياماً وذا أياماً ويبين البعضين ، ثم يقتسمان**) سواء وردت الإجارة على العين أو الذمة ؛ لثبوت الاستحقاق حالاً ، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة لا يؤثر كالدار المشتركة ، بخلاف ما لو استأجرها ليركبها زماناً ثم المستأجر بعده زماناً لتأخير حقه .

والثاني : لا تجوز فيهما ؛ فإنها إجارة إلىٰ آجال متفرقة منقطعة .

والثالث : تصح في الصورة الثانية دون الأولىٰ ؛ لاتصال زمن الإجارة فيها دون الأولىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (وهو الأوجه) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (قد قدمه قريباً عن الرافعي) .

. . . .

والرابع : تصح في إجارة الذمة لا في دابة معينة .

و(العقب) بضم العين وفتح القاف : النوبة بعد النوبة ، ولأن كل واحد منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه ، ونقل المصنف في « تهذيبه » عن الخليل أن العقبة مقدار فرسخين .

وروى البيهقي في « الشعب » [٢٠٥/٦] عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مشىٰ عن راحلته عقبة فكأنما أعتق رقبة » ، قال أبو أحمد : العقبة ستة أميال .

وإدخال الألف واللام على البعض شاذ كما تقدم .

تنبيه :

قوله : (ليركب هـٰذا أياماً وذا أياماً) بصيغة الجمع يقتضي جواز كون النوبة ثلاثة أيام فأكثر ، لـٰكن قال الشيخان : ليس لأحدهما طلب الركوب ثلاثاً والمشي ثلاثاً للمشقة ، بل إن كان ثَمَّ عادة مضبوطة . . حمل عليها ، وإلا . . وجب البيان ابتداء .

قال الشافعي : وينبغي أن يراعيا الإنصاف في التناوب ، فلا يطول ركوب أحدهما بحيث يثقل بدن صاحبه بالتعب والإعياء ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، وليس لأحدهما أن يركب في الليل دون النهار ، وإذا اقتسما بالزمان . . فالزمن المحسوب زمن السير دون النزول ، فإذا نزل أحدهما للاستراحة أو لعلف الدابة . . لم يحسب زمن نزوله من المهايأة ، فإذا ارتحلا من اليوم الثاني . . كان له الركوب بقدر ذلك ، ولو اختلفا فيمن يركب أولاً . . قدم بقرعة .

تتمة :

هـٰذه المسألة والتي قبلها مستثنيتان من منع الإجارة لمنفعة مستقبلة ويضاف إليهما مسائل :

منها : إذا أجر نفسه ليحج عن غيره إجارة عين قبل وقته . . فإنه يجوز بشرطين : بعد المسافة ؛ لتحقق العذر في التقديم ، وكونه زمن خروج أهل بلده بحيث يتهيأ للخروج عقبه .

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً ، . . . .

ومنها : أجر داراً ببلد آخر . . فقيل : لا يصح ؛ إذ لا يتأتى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين ، والأصح عند المصنف : الصحة[1] مع أنه صحح البطلان فيما إذا باع الجمد وزناً وكان يذوب بعضه إلىٰ أن يوزن ؛ لإمكان بيعه جزافاً .

ومنها : استئجار الدار المشحونة بالأمتعة صحيح على الصحيح ، كذا قاله الشيخان هنا ، وصحح المصنف في آخر الباب أنه إن كان لزمن التفريغ أجرة . . لم يصح في الأصح[2] .

ومنها : إجارة الأرض التي علاها الماء قبل انحساره كما تقدم .

قال : (**فصل** :

يشترط كون المنفعة معلومة) أي : عيناً وقدراً وصفة كالمبيع ، وهـٰذا هو الشرط الثالث ، فلا يجوز : أجرتك أحد العبدين ؛ لاختلاف المنفعة باختلاف العين .

فإذا استأجر عقاراً . . فلا بد من ذكر جهاته كما في البيع ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي أبي الطيب[3] ، وتقدم في (بيع الأصول والثمار) بيانه .

ثم إن كانت العين ليس لها إلا منفعة واحدة . . فالإجارة محمولة عليها ، وإن كان لها منافع كالدابة والأرض . . وجب البيان ، لـٰكن يستثنىٰ من هـٰذا جواز دخول الحمام بأجرة مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء ومكثهم فيه ، وحكى المصنف في (باب بيع الغرر) من « شرح المهذب » الإجماع عليه .

والأصح : أن الذي يأخذه الحمامي أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب ، أما الماء . . فغير مضبوط فلم يقابل بعوض ، فعلىٰ هـٰذا : السطل غير مضمون على الداخل ، والحمامي أجير مشترك لا يضمن على المذهب .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً ، وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ إِلَىٰ مَكَّةَ ، وَخِيَاطَةِ ذَا ٱلثَّوْبِ ،

وقيل : الذي يأخذه ثمن الماء ، وهو متطوع بحفظ الثياب ، والسطل عارية مضمونة .

وفي ثالث : أنه ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل وحفظ الثياب ، وصححه ابن أبي عصرون والشيخ .

قال : (**ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة ، وتارة بعمل كدابة إلىٰ مكة ، وخياطة ذا الثوب**) ؛ لأن هاذه المنافع معلومة في أنفسها فلم تفتقر إلىٰ تقدير المدة ، وقدرت بالعمل .

أما العقار . . فلا طريق إلى التقدير فيها إلا بالزمان كما ذكره ، وكذا في الثياب ونحوها ، وأما إجارة الذمة . . فيتعين فيها كالاستئجار للخياطة والبناء ، وكذا في الدابة للحمل عليها ونحو ذلك .

وصورة الإجارة للسكنىٰ أن يقول : أجرتكها لتسكنها كذا ، فإن قال : علىٰ أن تسكنها كذا . . لم يصح ، ذكره في « البحر »[1] ، قال : ولا يجوز أن يقول : وحدك .

ثم إذا قدر المنفعة بالزمان . . وجب أن يكون علىٰ مدة معلومة القدر بأن يقول : أجرتك داري سنة بمئة ، أو سنة كل شهر بدرهم ، فلو اقتصر علىٰ : كل شهر بدرهم . . بطل في الأصح ؛ لأنه عقد على الشهور وهي غير معلومة .

فائدة :

(تارة) منصوب على المصدر ، وفسرها الجوهري بالمرة ، وتجمع علىٰ تار كساعة وساع وحاجة وحاج ، وفسرها ابن سيده بالحين ، وجمعها علىٰ تارات وهو القياس .

قال الشيخ : وإذا قلت : أجرتك الدار سنة . . فسنة مفعول ثان ، أي : منافع سنة ، ولا يصح أن يكون ظرفاً لأجرتك ؛ لأن أجرتك إنشاء ، والإنشاء لا زمان له ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ جَمَعَهُما فَٱسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ ٱلنَّهَارِ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ ٱلْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ ، . . . .

وإنما التقدير : جعلتها مؤجرة منك سنة ، أو أجرتك منفعتها أي : الانتفاع بها سنة ، فالعامل في سنة الانتفاع .

قال : والصواب أن قوله تعالىٰ : ﴿ ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ﴾ يعرب مفعولاً لا ظرفاً ، وقد حكىٰ أبو البقاء مثل ذلك في قوله تعالىٰ : ﴿ فَأَمَاتَهُ ٱللَّهُ مِاْئَةَ عَامٍ ﴾ .

قال : (**فلو جمعهما**) أي : التقدير بالعمل والزمان (**فاستأجره ليخيطه بياض النهار . . لم يصح في الأصح**) ؛ للغرر ، فقد يتقدم العمل أو يتأخر كما إذا أسلم في قفيز حنطة بشرط أن يكون وزنه كذا . . لم يصح بلا خلاف .

والثاني : يصح لحصول الضبط بكل منهما ، وعلىٰ هـٰذا : يستحق الأجرة بأسرعهما على الأصح .

والثالث : إن أمكن العمل في المدة المذكورة . . صح ، وإلا . . فلا .

وقد يسأل عن جريان الخلاف هنا ، والقطع بمنع قفيز حنطة زنته كذا .

واستثنى الشيخ من إطلاق المصنف مسألتين بحثاً : إذا كان الثوب صغيراً يفرغ في أقل من يوم عادة ، وما إذا قصد العمل وجرىٰ ذكر اليوم علىٰ سبيل التعجيل لا الاشتراط[1] .

قال : (**ويقدر تعليم القرآن بمدة**) أي : كشهر ونحوه ، هـٰذا الذي قطع به الإمام والغزالي ، وقال البغوي : لا يكفي التقدير بالمدة ، بل لا بد من تعيين السور أو الآيات ؛ للتفاوت في الحفظ والتعليم ، وقال في « الشرح الصغير » و« التذنيب » : إن هـٰذا هو الأشبه .

وعلى الأول هل تدخل أيام الجمع في المدة؟ فيه احتمالان[2] في « البيان » ، وهما كالوجهين في النزول عن الدابة في المواضع التي جرت العادة بالنزول فيها ، وكسبوت

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

(٢) في هامش (ك) : (أقربهما : لا إن اعتيد دخولها كما اقتضاه كلامه) .

اليهود فإنها تستثنىٰ كما سيأتي في خاتمة الباب .

قال : (**أو تعيين سور**) فإن أخل بذلك . . لم يصح في الأصح ؛ لما تقدم من التفاوت في السهولة والصعوبة ، فلو جمع بينهما كتعلمه سورة كذا في شهر كذا . . ففيه الخلاف المتقدم ، وكذا تعيين الآيات فيقول : عشر آيات من سورة كذا من أولها أو آخرها ، وقيل يكفي : عشر من سورة كذا ، وقيل : يكفي : عشر من سورة وإن لم يعين السورة أيضاً .

فروع :

يشترط كونه قدراً في تعلمه كلفة لا كـ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ ، قال في « الحاوي » : وأقله كأقصر سورة وهي ثلاث آيات فصاعداً[1] ، ويشترط العلم بالمشروط إما بأن يعلما ذلك أو بعدد الأسطر والأوراق فيقول : من هـٰهنا إلىٰ هـٰهنا ، وتوقف الرافعي في ذلك ؛ لأنه لا تعرف سهولته وصعوبته .

قال في زوائد « الروضة » : والصواب أنه لا يكتفىٰ بهـٰذا[2] ، والذي قالا يشكل عليه ما تقدم في البيع في شروط الكفيل أنه تكفي مشاهدته وإن جهل إعساره ويساره .

وقد يفرق بأن القرآن هو نفس المعقود عليه فاحتطنا له ، والكفيل توثقة للمعقود عليه فخفف أمره .

ولا يشترط تعيين القراءة كحرف أبي عمرو وحمزة وغيرهما على الصحيح ، فلو عين قراءة . . تعينت ، فإن أقرأه غيرها فهل يستحق أجرة المثل أو لا يستحق شيئاً؟ وجهان[3] حكاهما الرافعي في (الصداق) .

ولا يشترط أن يختبر حفظ المتعلم كما لا تشترط معرفة حال الفرس في المسابقة ، والقياس عدم الصحة فيهما ؛ للجهالة ، قال الإمام : وكنت أود ذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (أصحهما : ثانيهما ؛ لأنه متطوع به فيلزمه تعليم ما عينه) .

وَفِي ٱلْبِنَاءِ يُبَيِّنُ ٱلْمَوْضِعَ ، وَٱلطُّولَ ، وَٱلْعَرْضَ ، وَٱلسَّمْكَ ، وَمَا يُبْنَىٰ بِهِ [إِنْ قُدِّرَ بِٱلْعَملِ] . . . .

وإن كان يتعلم الشيء وينساه . . ففيه أوجه :

أحدها : إن تعلم آية فنسيها . . لم تجب إعادتها ، أو دونها . . وجب[١] .

وثانيها : الاعتبار بالسورة .

وثالثها : إن نسي في مجلس التعليم . . وجب أن يعيده ، وإلا . . فلا .

والأصح : اتباع العرف الغالب[٢] .

قال القاضي : وشرط المعلِّم : أن يكون مسلماً أو مرجو الإسلام .

فائدة :

سئل قاضي القضاة ابن رزين عن أمير حبس ثم مات ، فطلب ورثته من ديوانه عمل الحساب للمدة التي كان الأمير حياً فيها فأجاب : لا يلزمهم ذلك إلا أن يكونوا استؤجروا إجارة صحيحة علىٰ عمل معين وفيه عمل الحساب ، ولم يكونوا عملوه قبل ذلك للأمير[٣] .

قال : (**وفي البناء يبين الموضع والطول ، والعرض ، والسمك**) وهو بفتح السين كما ضبطه بخطه الارتفاع قال تعالىٰ : ﴿ رَفَعَ سَمْكَهَا ﴾ وأما الطول . . فهو من إحدى الزاويتين إلى الأخرىٰ ، والعرض : المسافة من إحدىٰ وجهي الجدار إلى الآخر .

قال : (**وما يبنىٰ به**) من طين وآجر ولبن [(**إن قدر بالعمل**)] ؛ لأن الأغراض تختلف بذلك ، وكذلك الأجرة ، فلو قدره بالزمان . . كفىٰ .

ولو استأجره للتجصيص أو التبييض . . قدره بالزمان ؛ إذ لا سبيل إلىٰ تقديره بالعمل لأنه لا ينضبط رقة وثخانة .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) في هامش (ك) : (فإن لم يكن عرف غالب . . فالأوجه اعتبار ما دون الآية ، فإذا علمه بعضها فنسيها قبل أن يفرغ من باقيها . . لزم الأجير إعادة تعليمها) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِذَا صَلَحَتِ ٱلأَرْضُ لِلْبِنَاءِ وَٱلزِّرَاعَةِ وَٱلْغِرَاسِ . ٱشْتُرِطَ تَعْيِينُ ٱلْمَنْفَعَةِ ، وَيَكْفِي تَعْيِينُ ٱلزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْتَ . . صَحَّ ، . . . .

قال : (**وإذا صلحت الأرض للبناء والزراعة والغراس . . اشترط تعيين المنفعة**) ؛ لأن منافع هـٰذه الجهات مختلفة ، وضررها اللاحق يختلف . . فوجب التعيين ، فإن لم تصلح الأرض إلا لجهة واحدة . . كفى الإطلاق كأرض الأحكار ؛ فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين ؛ فإنه يغلب فيها الغراس .

قال : (**ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح**) ؛ لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ، وعلىٰ هـٰذا يزرع ما شاء .

قال الرافعي : ولا يجب أن ينزل علىٰ أقل الدرجات .

والثاني : لا يكفي ذلك ؛ لأن ضرر الزرع مختلف ، وهما كالوجهين فيما إذا أعار أرضاً للزراعة مطلقاً .

وينبغي أن يكون الخلاف فيما لا يجب الاحتياط له[1] ، فأما إذا أجر علىٰ غيره بولاية أو نيابة . . فلا يكفي الإطلاق ويجب التعيين .

واقتصار المصنف على الزراعة يوهم أن البناء والغراس ليسا كذلك ، والشيخان سويا بين الجميع ، وفي ذلك نظر ؛ فإن ضررهما يتأبد بخلاف الزرع .

قال : (**ولو قال : لتنتفع بها بما شئت . . صح**) وادعى الإمام الاتفاق عليه ، وعلىٰ هـٰذا يصنع ما شاء ؛ لأنه رضي به ، لـٰكن يشترط عدم الإضرار ؛ فإن العادة جارية بأن الأرض إذا زرع فيها شيء في سنة تراح منه أخرىٰ ولذلك قال ابن الصلاح في « فتاويه » : عليه أن يريح الأرض علىٰ ما جرت به العادة كما في إراحة الدابة[2] .

وفي وجه : لا يصح كما لو قال : بعتك من هـٰؤلاء العبيد من شئت ؛ لأن أنواع المنافع كالأعيان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَكَذَا إِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَٱزْرَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَٱغْرِسْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ : مَعْرِفَةُ ٱلرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ ، وَقِيلَ : لاَ يَكْفِي ٱلْوَصْفُ ،

قال : (**وكذا إن قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس في الأصح**) ؛ لأنه رضي بأعظمهما ضرراً فيتخير بينهما .

والثاني : المنع للإبهام ، فلو قال : أجرتكها لتزرع أو تغرس . . لم يصح .

قال : (**ويشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب**) سواء كانت إجارة عين أو ذمة ؛ لاختلاف الأغراض بذلك ، وذلك يحصل بطريقين ذكرهما المصنف فقال :

(**بمشاهدة أو وصف تام**) أما المشاهدة . . فلا خلاف في الاكتفاء بها كما قيل [من الوافر] :

ولكـــن للعيـــان لطيـــف معنـــىً لـــه ســـأل المشـــاهـــدة الخليـــل[1]

والمراد بالوصف التام : أن يذكر طوله وضخامته ونحافته ؛ ليعرف وزنه تخميناً ، وقيل : يصفه بالوزن[2] .

وعبارة « المحرر » : (وطريق معرفته المشاهدة عند الجمهور) والأصح : أن الوصف التام يكفي عنها .

وقطعوا في الصبي المستأجر لإرضاعه باشتراط رؤيته ، ولم يكتفوا فيه بالوصف ؛ لأنه لا يأتي على المقاصد المتعلقة به .

قال : (**وقيل : لا يكفي الوصف**) ؛ لأنه غير واف بالمقصود ، فلذلك قال صلى الله عليه وسلم : « ليس الخبر كالمعاينة » رواه ابن حبان .

فعلىٰ هـٰذا : تتعين المشاهدة ؛ لأن الرجال يتفاوتون في السمن والهزال والثقل والخفة ، وبالقياس على البيع ، والذي ضعفه المصنف هنا نقله في « الشرح » و« الروضة » عن الأكثرين ، وحكاه في « المطلب » عن نص « الأم » .

---

(١) كذا في النسخ بلفظ (الخليل) ، ولعل الصواب (الكليم) كما في « صبح الأعشى » (١٤/ ٢٧١) .

(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَكَذَا ٱلْحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ . وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ ٱلْمَعَالِيقِ مُطْلَقاً : فَسَدَ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وقيل : إن كان غائباً . . وصفه ، وإلا . . فلا .

قال : (**وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره**) كعمارية أو زاملة أو سرج أو إكاف أو رحل .

و(المحمل) بفتح الميم الأولىٰ كمجلس .

قال : (**إن كان له**) أي : إن كان المحضر له هو الراكب . . فظاهره اعتبار المشاهدة ، وأن الوصف التام في معناه في الأصح .

وقيل : يكفي الوزن أو الوصف ، وقيل : لا بد من المشاهدة ، وقيل : إن خفت . . كفى الوصف ، وإلا . . وجبت المشاهدة .

واحترز المصنف عما إذا لم يكن له ما يركب عليه ؛ فإنه لا يجب ذكره ، ويركبه المؤجر علىٰ ما يليق بالدابة .

ويشترط مع ما ذكره بيان ما يفرش في المحمل ، وكذلك الغطاء الذي يستظل به ، فإن أطلق العقد . . حمل علىٰ كونه مكشوفاً لإمكان الركوب به ، وإنما التغطية ترفه . . فلا بد من شرطه ، وينظر أيضاً إلى ارتفاع المظل الذي على الكنيسة فإنه كلما ارتفع أضر بالمحمل .

وعن ابن كج والمتولي : تشترط رؤية ما يظلل به أو وصفه كالوطاء وهو ظاهر النص ، إلا أن يكون فيه عرف مطرد . . فيكفي الإطلاق .

قال : (**ولو شرط حمل المعاليق مطلقاً**) أي : من غير رؤية ولا وصف ووزن (. . **فسد العقد في الأصح**) ؛ لاختلاف الناس فيها ، وربما قلت وربما كثرت .

والثاني : يصح ويحمل على الوسط ، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

و(المعاليق) : جمع معلوق بضم الميم قاله الأزهري ، وغلط من قال : جمع معلاق ، وهو : ما يعلق على البعير كالسفرة والإداوة والقدر والقصعة ونحوها .

وموضع الخلاف إذا كانت فارغة ، فإن كان فيها طعام أو ماء أو نحوه . . وجب ضبطه بالوزن أو الرؤية في الأصح .

فَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ . . لَمْ تُسْتَحَقَّ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ : تَعْيِينُ ٱلدَّابَّةِ ، وَفِي ٱشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا ٱلْخِلاَفُ فِي بَيْعِ ٱلْغَائِبِ ، وَفِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ : ذِكْرُ ٱلْجِنْسِ وَٱلنَّوْعِ وَٱلذُّكُورَةِ وَٱلأُنُوثَةِ . وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا : بَيَانُ قَدْرِ ٱلسَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ . . . .

وكان ينبغي أن يعبر بالمذهب أو الأظهر كما عبر به في « الروضة » ؛ لأن فيها وفي « الشرح »[1] طريقين :

أشهرهما قولان . والطريق الثاني : القطع بالمنع .

قال : (**فإن لم يشرطه . . لم تستحق**) ؛ لأنها لم تذكر .

وقيل : تستحق ؛ لأن العادة جارية بذلك .

قال : (**ويشترط في إجارة العين : تعيين الدابة**) أي : لا بد من ذلك ؛ إذ لا يتصور إلا كذلك ، ويشترط أيضاً قدرتها على المحمول ، فلو ذكر متاعاً لا تقدر علىٰ حمله أو قال : لتحمل عليها ما شئت . . لم يصح .

قال : (**وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب**) وقد تقدم أن الأظهر اشتراطه .

قال : (**وفي إجارة الذمة : ذكر الجنس**) كالإبل والبغال والحمير .

قال : (**والنوع**) كبختي أو نجيب والبرذون والعتيق .

قال : (**والذكورة والأنوثة**) ؛ لأن الأغراض تختلف بذلك ؛ فإن الذكر أقوىٰ والأنثىٰ أسهل سيراً ، وفي وجه : لا يشترط ذلك ؛ لقلة اختلاف الأغراض باختلافهما .

والأصح : اشتراط ذكر الهملجة وغيرها ؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير ، ولا يحتاج إلىٰ ذكر اللون والقدر ؛ لأن الأغراض لا تختلف به .

قال : (**ويشترط فيهما**) أي : في إجارة العين والذمة (**بيان قدر السير كل يوم**) ويكون قدراً تطيقه الدابة غالباً ، وذلك يختلف باختلاف البهائم واختلاف الطرق سهولة وحزونة .

---

(١) في (ب) : (الشرحين) .

إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِٱلطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ يُنْزَلُ عَلَيْهَا . وَيَجِبُ فِي ٱلإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ ٱلْمَحْمُولَ ـ فَإِنْ حَضَرَ . . رَآهُ وَٱمْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ ، وَإِنْ غَابَ . . قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ ـ وَجِنْسَهُ ، لاَ جِنْسَ ٱلدَّابَّةِ وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ . . . . .

قال : (**إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة ينزل عليها**) أي : عند الإطلاق كما ينصرف إطلاق النقد إلىٰ غالب نقد البلد ، فإن شرط خلافه . . أتبع ، فإن لم يكن أو كانت العادة مختلفة . . لم يصح حتىٰ يبينا أو يقدرا بالزمان .

وقال القاضي أبو الطيب والروياني : إذا كان الزمان مخوفاً . . لا يجوز تقدير السير فيه ؛ إذ لا تعلق له بالاختيار ، قال الرافعي : وقضيته امتناع التقدير بالزمان أيضاً .

قال : (**ويجب في الإيجار للحمل أن يعرف المحمول**) ؛ لاختلاف تأثيره وضرره .

قال : (**فإن حضر . . رآه وامتحنه بيده إن كان في ظرف**) تخميناً لوزنه إن كان ممكناً به ، فإن لم يكن في ظرف . . كفت رؤيته ، ولا يشترط الوزن في الحال ، وفي « الحاوي » ما يقتضي خلافاً فيه .

أما ما يستغني عن الظرف كالأحجار . . فعبارة المصنف توهم أنه لا يمتحن باليد وليس كذلك ، بل لا بد من امتحانه بها .

قال : (**وإن غاب . . قدر بكيل أو وزن**) ؛ لأن ذلك طريق معرفته ، ولو قدر المكيل بالوزن . . جاز ؛ لأنه أضبط .

قال : (**وجنسه**) المراد : أن يعرف المكري جنس المحمول ؛ لأن تأثير القطن والحديد في الدابة يختلف مع التساوي في الوزن فلو قال : مئة رطل مما شئت . . جاز في الأصح ، وكذا لو لم يقل مما شئت ، ويكون رضىً منه بأضر الأجناس . . فلا حاجة حينئذ لبيان الجنس .

فلو قدر بالكيل فقال : عشرة أقفزة مما شئت . . فالصواب : أنه لا يغني [عن] ذكر الجنس ؛ لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل .

قال : (**لا جنس الدابة وصفتها إن كانت إجارة ذمة**) ؛ لأن المقصود الحمل إلى

إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱلْمَحْمُولُ زُجَاجاً وَنَحْوَهُ .

الموضع المعين ، وتوقف الرافعي فيه .

قال : (**إلا أن يكون المحمول زجاجاً ونحوه**) كالخزف ؛ لاختلاف الغرض به ، وكذا إذا كان في الطريق وحل أو طين . . فلا بد من إعلام الدابة[1] ؛ لأن الضعيفة تسقط فيها دون القوية ، وهـٰذا الاستثناء ذكره القاضي حسين فتابعه الإمام والغزالي والرافعي ، قال في « المطلب » ولم يتعرض له الجمهور ؛ لأن المحمول إن كان مشاهداً . . فيحمل علىٰ ما يليق به عرفاً وشرعاً ، وإن كان موصوفاً . . فعند العراقيين لا بد من ذكر جنسه ، وإذا ذكر . . صار كالمشاهد .

قال الرافعي : ولم ينظروا إلىٰ تعلق الغرض بكيفية سرعة الدابة وإبطائها وقوتها وضعفها[2] ، ولو نظروا إليها . . لم يكن بعيداً .

والزجاج مثلث الزاي حكاه ابن سيده وابن مالك .

تتمة :

ظروف المتاع وحباله إن لم تدخل في الوزن . . فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف ، إلا أن يكون هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها . . فيحمل مطلق العقد عليها .

وإذا اكترىٰ دابة ليركبها ويحمل عليها كذا كذا رطلاً فركب وحمل وأخذ في السير ، فأراد المكري أن يعلق عليها مخلاة أو سفرة أمام القتب أو خلفه أو يردف رديفاً . . كان للمكتري منعه .

ولو ضمن رجل العهدة للمستأجر فيما استأجره . . قال ابن سريج : لا يصح ، وحكى الرافعي عن القفال : أنه يصح ، ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق[3] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

لاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ ، وَلاَ عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ . . . .

قال : (فصل :.

لا تصح إجارة مسلم لجهاد) سواء استأجره الإمام أم غيره ؛ لأنه إن تعين عليه . . فلا يجوز أن يستأجر لله، وإن لم يتعين عليه ابتداء ، فإذا حضر الصف . . تعين ، وما تعين على الإنسان لايجوز أخذ أجرة عليه كما لا يأخذ الصرورة الأجرة على الحج .

وقد يقال : لم لا يصح استئجار المسلم ؛ لأن الواجب عليه أن لا يولي لا أن يقاتل؟

والعبد في ذلك كالحر ، وقال بعض شارحي « التنبيه » : إن العبد إذا حضر الصف لا يتعين عليه ، فعلىٰ هـٰذا : يستأجر ، أما الذمي . . فيجوز للإمام استئجاره لذلك على المذهب[1] ، ولا يصح من غيره استئجاره على الأصح .

وجواز استئجار الذمي مشكل على القول بخطابه بالفروع ، لا سيما وقد قال الإمام : إنه إذا حضر الصف . . لا يجوز له الانصراف .

قال : (**ولا عبادة تجب لها نية**) ؛ إذ القصد امتحان المكلف بها ، فلا يجوز على الإمامة ولو لصلاة التراويح ؛ لأنه مصل لنفسه ونفعه يعود إليه ، وقيل : يجوز لتأدي الشعار به كالأذان .

أما التي لا تجب لها نية كالأذان . . فيصح الاستئجار عليها في الأصح ، ولو قال : لا تشرع فيها النية . . كان أحسن ؛ لأن المصنف نقل في (كتاب الحج) عن الماوردي أنه لو استأجره لزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم . . لم يصح[2] .

وأما الجعالة عليها ، فإن كان علىٰ مجرد الوقوف عند القبر ومشاهدته . . لم يصح ؛ لأنه لا تدخله النيابة ، وإن كانت على الدعاء عند زيارته . . جاز ؛ لأن الدعاء مما تدخله النيابة ، ولا يضر الجهل بنفس الدعاء .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

إِلاَّ ٱلْحَجُّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ . وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيْتٍ وَدَفْنِهِ ، وَتَعْلِيمِ ٱلْقُرْآنِ ، . . . . . .

فائدة :

كان شيخنا رحمه الله يقول : ظن بعضهم أن الجامكية على الإمامة والطلب ونحوهما من باب الإجارة ، حتىٰ لا يستحق شيئاً من أخل ببعض وظائفها وليس كذلك ، بل هو من باب الإرصاد والإرزاق المبني على الإحسان والمسامحة[1] ، بخلاف الإجارة فإنها من باب المعاوضة ، ولهـٰذا يمتنع أخذ الأجرة على القضاء ، ويجوز إرزاقه من بيت المال بالإجماع .

وإنما امتنع أخذ الأجرة علىٰ هـٰذا لأنه فعل العبادة لغرض دنيوي وهو يمنع من مشروعيتها ، وستأتي هـٰذه المسألة في (باب الجعالة) .

قال : (**إلا الحج**) وكذلك العمرة ؛ لما تقدم في موضعه ، وفي الجزم باستثناء الحج إشكال ؛ لأنه إذا وصل الميقات وأراد مجاوزته . . وجب عليه الإحرام علىٰ وجه ، فعلىٰ هـٰذا يكون كالجهاد .

قال : (**وتفرقة زكاة**) بالإجماع ، وكذلك النذور والكفارات .

والضابط : أن كل ما تدخله النيابة . . يجوز الاستئجار عليه ، وما لا . . فلا ، وقد تقدم الكلام في (الوكالة) ، وكذلك الصوم عن الميت وذبح الهدي والضحايا وركعتا الطواف فإنها تقع عن المحجوج عنه على الأصح تبعاً للحج .

قال : (**وتصح لتجهيز ميت ودفنه**) ؛ إذ الأجير غير مقصود بفعله ، وفصله عما قبله لعدم اشتراط النية فيه فهو نوع آخر ، فإن شرطنا النية في الغسل . . جاز أيضاً .

قال : (**وتعليم القرآن**) ؛ لما روى البخاري [٥٧٣٧] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن أحق ما أخذتم عليه أجرة كتاب الله » ولأن نشره وتعليمه من فروض الكفايات ، بل يجوز أخذ الأجرة علىٰ تعليم (الفاتحة) لمتعين عليه على الأصح كما لو تعين علىٰ شخص غسل الميت وتجهيزه .

والمراد : إذا استأجره لتعليم سورة خاصة ، فلو استأجره للتصدي للإقراء . . لم

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعاً ، وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ ، . . . .

يجز كالاستئجار للتدريس والقضاء والإعادة ، إلا أن يستأجر لتعليم مسألة أو مسائل معلومة . . فهو جائز قطعاً .

واحتج للمنع بقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من كتم علماً ألجمه الله بلجام من نار »(١) قال الذهبي : إسناده صحيح ، ولا يكون شيء من الكتمان أبلغ من أخذ أجرة عليه .

ويجوز الاستئجار للأذان على الأصح ، وهل الأجرة لرفع الصوت أو لرعاية الوقت أو للحيعلتين أو للجميع؟ فيه أوجه : أصحها الأخير .

وفي جواز الاستئجار للمباحات وجهان بناء علىٰ جواز التوكيل فيها ، وقضيته تصحيح الصحة(٢) .

قال : (ولحضانة وإرضاع معاً) وهـٰذا لا خلاف فيه ، ويدل له قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ، ولأن الحاجة قد تدعو إلىٰ ذلك ، ولا يخفىٰ أن ذلك في غير اللبأ فإنه واجب على الأم كما تقرر(٣) .

قال : (ولأحدهما فقط) ؛ لأن كلاً علىٰ حدته مقصود يقابل بالأعواض ، فإذا استأجر للحضانة . . تناول ما ذكره المصنف من حفظ إلىٰ آخره .

وفي « فتاوى القفال » حكاية قول : (٤) إنه لا يصح أن يستأجر المسلم يهودية لرضاع ولده ويخلي بينه وبينها ؛ لأنها ربما تخلفت عن تعهده .

فروع :

قال الرافعي : على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يكثر اللبن ، وللمكتري تكليفها ذلك .

---

(١) أخرجه ابن حبان (٩٥) ، وأبو داوود (٣٦٥٠) ، والترمذي (٢٦٤٩) ، وابن ماجه (٢٦٤) والحاكم (١/ ١٠٢) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قوله : « ولا يخفىٰ » . . . إلخ وجه ضعيف) .

(٤) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ ، . . . .

قال ابن الرفعة : فيه نظر ، إنما يمنعها أن تتعاطىٰ ما يضر باللبن كما قاله الماوردي ، وقال الروياني : إذا أجرت نفسها إجارة عين لرضاع ثم بان أنها مزوجة . . كان للمستأجر الخيار .

قلت[1] : الظاهر : أن هـٰذا مقيد بما إذا كان الزوج حاضراً يمنعها ، أما إذا كان غائباً غيبة بعيدة لا يتوقع قدومه في المدة ، أو طفلاً لا يتوقع استمتاعه فيها ، أو ممسوحاً . . فلا خيار .

وذكر أنها لو أجرت نفسها ثم أقرت بزوج . . لم تصدق في حق المكتري ، ولو نكحت ثم ذكرت أنها كانت أجرت نفسها لرضاع . . لم تصدق في حق الزوج .

وإذا لم يقبل الصبي ثديها فهل له الفسخ بذلك؟ وجهان[2] في « تعليق القاضي حسين » .

ويجب تعيين الصبي لاختلاف الغرض باختلافه ، وتعيين موضع الإرضاع أهو بيته أم بيتها ، ويجب في الاستئجار له التقدير بالمدة ؛ إذ لا سبيل إلىٰ تقدير مرات الرضاع .

قال : (**والأصح : أنه لا يستتبع أحدهما الآخر**) ؛ لأنهما منفعتان يجوز إفراد كل منهما بالإجارة ، فأشبهتا سائر المنافع إذا استأجر لأحدهما وسكت عن الآخر .

والثاني : أن كلاً منهما يستتبع الآخر ؛ لأنه لا يتولاهما في العادة إلا امرأة واحدة .

والثالث : أن الاستئجار للإرضاع يستتبع الحضانة ، ولا عكس ؛ لئلا تبقى الإجارة في مقابلة العين خاصة .

والرابع : عكسه ، حكاه في « المطلب » .

كل هـٰذا إذا أطلق ، فإن استأجر لأحدهما ونفى الآخر . . فالأصح الجواز .

(١) في هامش (ك) : (هو تقييد حسن على القول بثبوت الخيار) ورمز له بالصحة .
(٢) في هامش (ك) : (الظاهر منهما : عدم الفسخ ؛ لأن المانع ليس منها) .

وَٱلْحَضَانَةُ : حِفْظُ ٱلصَّبِيِّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي ٱلْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا . وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَٱنْقَطَعَ ٱللَّبَنُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : ٱنْفِسَاخُ ٱلْعَقْدِ فِي ٱلْإِرْضَاعِ دُونَ ٱلْحَضَانَةِ . . . .

قال : (**والحضانة : حفظ الصبي وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها**) هـٰذه حقيقة الحضانة عرفاً ، وأصلها من الحضن وهو : ما دون الإبط إلى الكشح ؛ لأن الحاضنة تجعل الطفل هناك .

و(الدهن) بفتح الدال الفعل ، أما الدهن بالضم . . فحكى الرافعي وجهين في الفروع آخر الباب أنه على الأب ، أو تتبع به العادة[1] .

قال : (**ولو استأجر لهما فانقطع اللبن . . فالمذهب : انفساخ العقد في الإرضاع دون الحضانة**) ؛ لفوات المعقود عليه .

والثاني : لا ينفسخ ولـٰكن يتخير ؛ لأن انقطاعه عيب ، ولو أتىٰ باللبن من موضع آخر ولم يتضرر الولد . . جاز ، وهـٰذا الخلاف ينبني علىٰ أن المعقود عليه هل هو اللبن والحضانة تابعة أو العكس[2]؟ فعلى الأول : ينفسخ العقد بانقطاعه ، وعلى الثاني : لا ينفسخ ؛ لأن الإجارة وضعت للمنافع والأعيان تبع لها .

و قال الرافعي : لم يفرقوا بين أن يصرح بالجمع بينهما وبين أن يذكر أحدهما ويحكم بالاستتباع ، وحسن أن يفرق ؛[3] ففي « التصريح » يقطع بأنهما مقصودان ، وعند ذكر أحدهما هو المقصود والآخر تابع ، وكان ينبغي للمصنف أن يعبر بـ(الأصح) كما فعل في « الروضة » .

فرع :

استؤجرت للإرضاع فدفعته إلىٰ خادمتها فأرضعته ، إن شرط عليها إرضاعه بنفسها . . فلا شيء لها ، وإن أطلق . . استحقت ، وإن كانت تسقيه لبن الغنم وتطعمه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَىٰ وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ . قُلْتُ : صَحَّحَ ٱلرَّافِعِيُّ فِي « ٱلشَّرْحِ » ٱلرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى ٱلْعَادَةِ ، فَإِنِ ٱضْطَرَبَتْ . . وَجَبَ ٱلْبَيَانُ ، وَإِلاَّ . . فَتَبْطُلُ ٱلإِجَارَةُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

شيئاً . . قال ابن كج : لا شيء لها ؛ لأنها لم ترضعه[1] .

قال : (**والأصح : أنه لا يجب حبر وخيط وكحل علىٰ وراق وخياط وكحال**) ؛ لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة ، وأمر اللبن علىٰ خلاف القياس للضرورة ، وكذلك الماء في استئجار البئر ، لٰكن في « الإحياء » يتسامح بحبر الوراق وخيط الخياط ؛ لأنهما لا يقصدان علىٰ حيالهما .

و(الحبر) بكسر الحاء فقط : المداد ، سمي بذلك لأنه تحبر به الكتب ، أي : تحسن .

وفي حديث أبي موسىٰ : (لو علمت أنك تسمع لقراءتي . . لحبرتها لك تحبيراً)[2] يريد تحسين الصوت وتحزينه يقال : حبرت الشيء تحبيراً حسنته .

و(الوراق) : الناسخ الذي يورق ويكتب ، وكان ينبغي إبدال الأصح بالمذهب ؛ فإن المسألة ذات طرق ثلاثة .

قال : (**قلت : صحح الرافعي في « الشرح » الرجوع فيه إلى العادة**) ؛ لأنه لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة .

قال : (**فإن اضطربت . . وجب البيان ، وإلا . . فتبطل الإجارة والله أعلم**) .

ظاهر هٰذه العبارة : أن المصنف لم يصحح شيئاً ، بل ذكر اختلاف تصحيح الرافعي في كتابيه ، وقد يقال : إنه مرجح للأول ؛ لأنه حكى الثاني ولم يصححه فدل علىٰ أن اختياره الأول ، وقد يقال : إنه مرجح للثاني[3] ؛ لأنه كالاستدراك ، ويؤيده أنه في « الروضة » لما ذكر تصحيح الثاني . . لم يعقبه بما في « المحرر » .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال) .

(٢) أخرجه مسلم (٧٩٣) ، وابن حبان (٧١٩٧) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٨٠٠٤) ، وغيرهم .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ ٱلدَّارِ إِلَى ٱلْمُكْتَرِي . . . .

وحكم الصبغ وطلع النخل حكم الحبر فيما ذكره ، ولم يذكروا ما يحتاجه القصار من الجير وغيره ؛ لاطراد العادة بأن ذلك على القصار .

ولا بد في النسخ من بيان عدد الورق الذي يكتب فيه ، والأسطر في كل صفحة ، ولم يتعرضوا لتقدير المدة ولا لدقة الخط وغلظه ، ولا لبيان قدر الحواشي والقطع الذي يكتب فيه ، وفي كل ذلك نظر[1] .

تتمة :

يصح أن يستأجر كحالاً لمداواة عينيه ، لـٰكن لا بد من تقدير المدة بالزمان ، فلو قدر مدتها بالبرء . . فسد العقد ؛ لأنه لا يعلم متىٰ يكون ، فلو مضت المدة ولم يبرأ . . استحق الأجرة ؛ لأنه سلم العمل المستحق عليه بالعقد ، فإذا بريء قبل مضي المدة . . انفسخ العقد فيما بقي منها ، وأما الماضي . . فعلىٰ قولين كما لو مات الأجير في أثناء المدة[2] .

قال : (**فصل :**

يجب تسليم مفتاح الدار إلى المكتري) وكذلك كل ما كان في معناه ؛ ليتمكن من الانتفاع الواجب له وهـٰذا لا خلاف فيه ، وفي دخوله في بيع الدار وجهان[3] ؛ لأن التسليم ممكن بدونه ، وإذا سلمه . . فهو أمانة في يد المستأجر ، فإن ضاع بغير تقصير . . لم يلزمه شيء ، وإن قصر . . ضمنه ، وفي الحالين هل يجب إبداله على المؤجر؟ وجهان ، الأصح : المنع[4] ، وهل يطالب به؟ فيه الخلاف الآتي في المطالبة بالعمارة .

---

(١) في هامش (ك) : (الذي يظهر أنه يذكر ما ينتفي به الغرر) .

(٢) في هامش (ك) : (ومقتضاه : عدم الانفساخ) .

(٣) في هامش (ك) : (أصحهما : الدخول) .

(٤) في هامش (ك) : (قوله : « الأصح المنع » إن حمل علىٰ أنه لا يجبر عليه . . كان صحيحاً ، وإلا . . فهو ضعيف ؛ إذ إعادته من وظيفة المؤجر كما تقدم ، حتىٰ إذا تركه . . كان للمكتري الخيار) .

وَعِمَارَتُهَا عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا ، وَإِلاَّ . . فَلِلْمُسْتَأْجِرِ ٱلْخِيَارُ . . . .

كل هـٰذا في مفتاح الغلق المثبت ، فإن كانت العادة الإقفال . . لم يجب تسليم القفل ؛ لأن الأصل عدم دخول المنقول في ذلك .

والمفتاح بكسر الميم جمعه مفاتيح ومفاتح قال تعالىٰ : ﴿ وَعِندَهُۥ مَفَاتِحُ ٱلْغَيْبِ لَا يَعْلَمُهَآ إِلَّا هُوَ ﴾ .

قال ابن عباس وغيره : وهي الخمسة التي في آخر (سورة لقمان) ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ عِندَهُۥ عِلْمُ ٱلسَّاعَةِ ﴾ الآية .

قال : (**وعمارتها على المؤجر**) ؛ لأن تركها يخل بالانتفاع .

والعمارة ثلاثة أضرب :

أحدها : مرمة لا تحتاج إلىٰ عين جديدة كإقامة جدار مائل وإصلاح جذع منكسر وغلق يعسر فتحه ، فهـٰذا يجبر المؤجر عليه توفية بمقتضى العقد وبه قطع الغزالي ، وقال العراقيون : لا يجبر ، بل إن فعله . . استمرت الإجارة ، وإلا . . فللمستأجر الخيار[1] وهو مذهب أبي حنيفة .

وثانيها : ما يحوج إلىٰ إحداث عين جديدة كبناء جدار وتجديد جذع وتطيين سطح ، فإذا عرض هـٰذا في أثناء المدة . . ثبت للمكتري الخيار سواء أوجبنا العمارة عليه أم لا إذا نقصت به المنفعة ، حتىٰ لو وكف السقف لترك التطيين . . ثبت الخيار في تلك الحالة ، فإذا انقطع . . فلا خيار إلا إذا حصل بسببه نقص ، فإن بادر المكري وأصلح . . سقط الخيار لزوال الضرر ، وفي الإجبار علىٰ هـٰذا الضرب وجهان : أصحهما : لا ، لـٰكن يثبت الخيار للمستأجر ؛ لأن فيه التزام عين لم يتناولها العقد .

الثالث : عمارة يحتاج إليها لدفع خلل وجد عند العقد كما إذا أجر داراً ليس لها باب أو ميزاب ، فلا إجبار هنا وثبت الخيار للمستأجر إن جهل .

قال : (**فإن بادر وأصلحها**) أي : فذاك (**وإلا . . فللمستأجر الخيار**) دفعاً للضرر عنه ؛ لأنه مخل بالانتفاع ، ومحل ما ذكره المصنف في المقارن الذي جهله المكتري .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَسْحُ ٱلثَّلْجِ عَنِ ٱلسَّطْحِ عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ . وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ ٱلدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى ٱلْمُكْتَرِي . . . .

وإذا كان المؤجر المالك ، فإن كان ولياً لمحجور أو ناظر وقف ولو لم يعمر لفسخ المستأجر وحصل التعطل والضرر للمولىٰ عليه . . فإنه يجب عليه العمارة ؛ لمصلحة المستحق ونفي الضرر عن وقفه وملكه .

فرع :

أفتى الغزالي بأنه إذا وقعت الدار علىٰ متاع المستأجر . . لا يلزم الآجر ضمانه ولا أجرة تخليصه[1] .

قال : (**وكسح الثلج عن السطح على المؤجر**) ؛ لأنه كعمارة الدار ، فإن تركه على السطح وحصل به عيب . . فللمستأجر الخيار ، وهل يجبر عليه؟ قال الإمام : فيه الخلاف في العمارة[2] .

وخص ابن الرفعة المذكور في الكتاب بدار لا ينتفع ساكنها بسطحها كما إذا كانت جملونات[3] ، أما إذا كان به انتفاع . . فيظهر أنه كعرصة الدار يفرق فيه بين الخفيف والكثيف[4] .

قال : (**وتنظيف عرصة الدار عن ثلج وكناسة على المكتري**) ؛ لأن الكناسة حصلت بفعله والثلج يقرب من ذلك .

والمراد بكونه عليه : أنه إذا أراد أن يكمل له الانتفاع . . فليرفعهما ولا خيار له .

نعم ؛ على المكري أن يسلم الدار فارغة الحش والبالوعة ، وكذا مستنقع الحمام ، فإن كانت مملوءة . . فللمستأجر الخيار ، فإذا امتلأت هـٰذه الأماكن في المدة فتفريغها على المستأجر في الأصح ؛ لحصولها بفعله .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) **الجملون** : هو السقف غير المستوي ، بل يكون على شكل زاوية كسنام الجمل .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنْ أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ . . فَعَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ ،

وقيل : على المؤجر واختاره الماوردي والروياني والشيخ ، وهو الذي يقتضيه العرف وعليه العمل ، وهل يجبر المستأجر علىٰ ذلك؟ وجهان : أصحهما : لا ، إلا أن يضر الجدار فيجبر عليه .

وفسروا الكناسة التي على المكتري إزالتها بالقشور وما يسقط من الطعام ونحوه ، دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح ؛ لأنه حصل لا بفعله ، واستشكله الرافعي بثلج العرصة ؛ فإنه عليه مع حصوله لا بفعله فيجوز أن يكون التراب كالكناسة وإن حصل لا بفعله ، وزيفه المصنف وقال : الصواب أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب .

و(العرصة) : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من البناء ، وجمعها عراص وعرصات .

قال : (**وإن أجر دابة لركوب . . فعلى المؤجر إكاف وبرذعة وحزام وثفر وبرة وخطام**) ؛ لأنه لا يتمكن من الركوب بدون ذلك والعرف قاض به ، وسواء في ذلك إجارة العين والذمة .

وقال العبادي : إنه على المكتري ، حتىٰ لو ركبها عرياً فتلفت . . ضمن ؛ لأنه يرق ظهر الدابة كذا أطلقه الرافعي .

واستثنى ابن الرفعة ما إذا قربت المسافة ، وتوسط القاضي حسين والبغوي وقالا : ما عدا الإكاف والبرذعة على المكري .

و(الإكاف) تقدم في (باب الخيار) .

و(البرذعة) بالذال المعجمة معروفة وكذلك الحزام .

و(الثفر) بالمثلثة : ما يجعل تحت ذنب الدابة .

و(البرة) بضم الباء وتخفيف الراء : حلقة تجعل في أنف البعير .

و(الخطام) بكسر الخاء : الزمام أو الخيط الذي تشد به البرة .

وصورة المسألة إذا أطلق ، فإذا قال : أجرتك هـٰذه الدابة العارية . . لم يلزمه شيء من الآلات .

وَعَلَى ٱلْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا ، وَٱلأَصَحُّ فِي ٱلسَّرْجِ : ٱتِّبَاعُ ٱلْعُرْفِ . وَظَرْفُ ٱلْمَحْمُولِ عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ، وَعَلَى ٱلْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ . . . .

قال : (**وعلى المكتري محمل ومظلة ووطاء وغطاء وتوابعها**) ؛ لأن في ذلك تسهيلاً للركوب وتمكيناً منه ويعد من تمام الانتفاع ، وذلك غير مستحق بالإجارة ، وادعى الإمام فيه الاتفاق .

وفي الحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر وجهان : صحح المصنف أنه على المكتري .

و(المحمل) بفتح أوله وكسر ثالثه ، وقيل : بكسر أوله وفتح ثالثه : واحد المحامل وقد تقدم في الحج .

والغطاء والوطاء بكسر أولهما .

قال : (**والأصح في السرج : اتباع العرف**) ؛ قطعاً للنزاع .

والثاني : أنه على المؤجر كالإكاف ، وقطع به جماعة .

والثالث : لا يلزمه ؛ لأنه ليس فيه عادة مطردة ، ولم يصحح الرافعي في « الشرح » شيئاً بل حكى الأوجه ، ولم يزد المصنف علىٰ قوله عقبها : قلت : صحح في « المحرر » اتباع العادة .

قال : (**وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة**) ؛ لأنه قد التزم النقل فليهيىء أسبابه .

قال : (**وعلى المكتري في إجارة العين**) ؛ لأنه ليس عليه إلا تسليم الدابة خاصة ، ومؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرقة وحفظ المتاع في المنزل والدلو والرشاء في الاستقاء كالظرف فيفصل فيه[1] .

وقال القاضي : إن كان معروفاً بالاستقاء بدلوه وحبله . . لزمه ذلك ، قال الرافعي : ويجب طرده في الظرف .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَعَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ٱلْخُرُوجُ مَعَ ٱلدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا ، وَإِعَانَةُ ٱلرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ ٱلْحَاجَةِ ، وَرَفْعُ ٱلْمَحْمِلِ وَحَطُّهُ ، وَشَدُّهُ وَحَلُّهُ . وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ إِلاَّ ٱلتَّخْلِيَةُ بَيْنَ ٱلْمُكْتَرِي وَٱلدَّابَّةِ . . . .

قال : (**وعلى المؤجر في إجارة الذمة الخروج مع الدابة**) أي : هو أو نائبه (**لتعهدها وإعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة**) ؛ لأنه التزم النقل والتبليغ ولا يتم إلا بهـٰذه الأمور ، فينيخ البعير للعاجز والمفرط السمن ، ويقرب البغل والحمار من نشز ليسهل الركوب عليه ؛ لأن العرف يقتضي جميع ذلك .

والاعتبار في الضعف وغيره بحالة الركوب لا بحالة الإجارة ، وقيل : تجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً .

قال : (**ورفع المحمل وحطه وشده وحله**) ؛ لاقتضاء العرف بذلك .

ويلزم المكري في هـٰذه الإجارة أن يوقف الدابة لنزول الراكب لما لا يمكن فعله على الدابة كقضاء الحاجة وللصلاة ، ولا يلزم الراكب المبالغة في تخفيف الصلاة والوضوء ولا الجمع ، لـٰكن يمنع من الإبطاء الزائد على العادة .

قال الماوردي : فلو كانت عادته الإبطاء طبعاً في هـٰذه الأشياء . . كان للمؤجر الفسخ به[1] .

قال : (**وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكتري والدابة**) سواء كانت الإجارة للركوب أو الحمل ، ولا يلزم بإعانته في الركوب ولا غيره .

وقيل تجب الإعانة على الركوب فيها أيضاً .

وقيل تجب في الحمل سواء كانت في الذمة أو على العين واختاره الغزالي طرداً للعادة .

تنبيه :

قول المصنف : (التخلية) قد يفهم أن قبضها بالتخلية وهو خلاف المعروف في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(باب البيع) ، وإنما مراده أنه إنما عليه التمكين من الانتفاع[1] ، لكن للمكري منع المكتري من الركوب في غير وقت العادة .

وفي نزول الرجل القوي للإراحة والعقبة وجهان لتعارض اللفظ والعادة ، والأصح : الوجوب عند العقبة دون الإراحة[2] ، وصحح في « الوسيط » أنه يجب .

ولا يجب النزول على الشيخ العاجز والمرأة ومن له وجاهة ظاهرة وشهرة يخل بمروءته في العادة المشي[3] .

وليس للمكري منعه من النوم في وقته المعتاد ، وله منعه في غيره ؛ لأن النائم يثقل .

فرع :

أطلق الرافعي أنه لو أكراه دابة إلىٰ بلد فبلغ عمرانها فللمؤجر أخذ دابته ولا يلزمه تبليغه داره .

وقال الماوردي : إن كان البلد صغيراً . . فله أن يركب إلىٰ داره[4] ، فإن اكتراها إلى مكة . . لم يكن له تتميم الحج عليها ، وإن اكتراها للحج . . ركبها إلىٰ منىً ثم إلىٰ عرفات ثم إلىٰ منىً ثم إلىٰ طواف الوداع على الأصح .

ولو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بتقدم أو تأخر . . لم يكن له ذلك إلا برضى الآخر .

قال : (**وتنفسخ إجارة العين بتلف الدابة**) ؛ لأن المعقود عليه قد فات .

والمراد : الانفساخ في المستقبل لا الماضي كما سيأتي .

قال : (**ويثبت الخيار بعيبها**) كالبيع سواء في ذلك الحادث والقديم .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ خِيَارَ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ، بَلْ يَلْزَمُهُ ٱلإِبْدَالُ ، . . . .

والمراد بـ(العيب) هنا : ما أثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة كعرج الدابة الذي يتخلف به عن القافلة ، وكونها لا تبصر ليلاً[1] .

وخشونة المشي ليس بعيب ، كذا جزم به الشيخان[2] ، وقال ابن الرفعة : إنه عيب ، وهو الصواب ؛ فقد جزم الرافعي به في عيب المبيع[3] ، فلو لم يعلم به حتىٰ مضت المدة . . فات الخيار فله الأرش ، وإن علم به في الأثناء وفسخ وقلنا : ينفسخ فيما مضىٰ . . ينبغي أن يجب الأرش ، وإن لم ينفسخ . . فلا أرش للمستقبل وفيه لما مضىٰ نظر .

تنبيه :

هـٰذا الخيار على التراخي ، قاله الماوردي[4] ؛ لأنه يتجدد بمرور الأوقات كحدوث النقص فيها ، وإليه يرشد كلام الرافعي في آخر الباب والشيخ أبي محمد الجويني في (كتاب الفروق في البيع) .

وقد وهم في هـٰذه المسألة ابن السكري وابن الجميزي حيث أفتيا بأنه على الفور كالرد بالعيب .

قال : (**ولا خيار في إجارة الذمة ، بل يلزمه الإبدال**) كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً ، أما إذا أسلم دابة عما في الذمة . . فإن المستأجر يثبت له حق الاختصاص بها فله إيجارها ، والأصح أنه لا يجوز للمؤجر إبدالها إلا برضاه .

ولو أفلس المؤجر بعد تعيينها . . قدم المستأجر على الأصح .

ولو أراد المستأجر الاعتياض ، فإن كان قبل القبض . . لم يجز كالمسلم فيه ، وبعد

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (ويجاب بأن المعدود ثم ليس مجرد الخشونة ، بل خشونة يخشىٰ منها السقوط) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلطَّعَامُ ٱلْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي ٱلأَظْهَرِ .

لقبض يجوز ؛ لأنه اعتياض عن حق في عين .

قال : (**والطعام المحمول ليؤكل يبدل إذا أكل في الأظهر**) كسائر المحمولات إذا باعها أو تلفت .

والثاني : لا ؛ لأن العادة في الزاد أن لا يبدل .

قال ابن الرفعة : والخلاف يلتفت إلىٰ تعارض العرف واللفظ ، أما المحمول ليصل . . فإنه يبدل جزماً ، وكذا الزاد إذا سرق أو نهب . . فإنه يبدل قطعاً .

ومحل القولين إذا أكل بعضه ، فإن أكل جميعه . . فالمشهور الإبدال ، وفيه وجه ضعيف .

ومحلهما أيضاً إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر موضعه ، وإلا . . أبدل قطعاً .

ومحلهما أيضاً عند الإطلاق ، أما لو شرط الإبدال أو عدمه . . فإن الشرط يتبع .

واختار الشيخ أنه إن شرط كفاية كل الطريق . . لم يبدل جزماً ما دام الباقي كافياً لبقية الطريق ، وإن كان قدراً لا يكفيه . . فله[1] .

وأما الماء المحمول للشرب . . فيبدل جزماً عند اقتضاء العرف ذلك .

تتمة :

إذا قلنا : لا يبدل الزاد فلم يأكل منه فهل للمؤجر مطالبته بتنقيص قدر أكله؟ .

قال الشيخ : ينبغي أن يقال : يجب تنقيص ما جرت به العادة بأكله ؛ لأن الرجوع إلى العرف ، ولا شك أن الدابة تتضرر بدوام الحمل عليها .

والمأذون فيه عرفاً : المعتاد الذي ينقص بالأكل كل يوم فيجب[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) في هامش (ك) : (وقال أيضاً : الظاهر : أنه ليس للمؤجر مطالبته بتنقيص أكله ؛ اتباعاً للشرط قال : وهٰذا أفقه ، والأول هو الذي أميل إليه) .

فَصْلٌ :

يَصِحُّ عَقْدُ ٱلإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَىٰ فِيهَا ٱلْعَيْنُ غَالِباً ، . . . .

ولو حمل التاجر شيئاً يبيعه في طريقه فباع بعضه . . قال ابن القطان : يحمل على العرف ، ويمكن أن يقال : هو مثل الزاد[1] .

قال : (**فصل :**

يصح عقد الإجارة مدة تبقىٰ فيها العين غالباً) كالأجل في البيع ، والمرجع في ذلك لأهل الخبرة ، ولأنها تجوز إلىٰ سنة وفاقاً وقيس عليها ما عداها .

قال الرافعي تبعاً للبغوي : فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة أكثر من عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة علىٰ ما يليق به ، والأرض مئة سنة فأكثر وهـٰذا يحتاج إلىٰ دليل .

وقال ابن كج : يجوز أن يؤجر العبد إلىٰ تمام مئة وعشرين سنة من عمره .

وقال القاضي حسين والروياني : لا تجوز إجارة الأرض ألف سنة وإن كانت تبقىٰ فيها ؛ إذ يبعد بقاء الدنيا إليها .

والمعتبر في البقاء غلبة الظن .

وأقل مدة تصح فيها إجارة الدار للسكنىٰ يوم واحد ، ولا يجوز أقل منه .

وأقل مدة الزراعة ما يبقىٰ فيها الزرع غالباً ، وإذا أجر أكثر من سنة . . فأصح القولين أنه لا يجب بيان قسط كل سنة من الأجرة كقسط شهور السنة .

قال في (بيع الغرر) في « شرح المهذب » : وأجمعوا علىٰ جواز إجارة الدار وغيرها شهراً بكذا مع أنه قد يكون ثلاثين يوماً ، وقد يكون تسعاً وعشرين ، لـٰكن لو أجره شهراً معيناً بثلاثين درهماً كل يوم بدرهم فجاء ذلك الشهر تسعاً وعشرين . . بطلت كما لو باع الصبرة بمئة درهم كل صاع بدرهم فخرجت أقل من مئة .

ولو قال في أثناء السنة : أجرتك هـٰذه السنة . . انصرف إلىٰ ما بقي منها قاله في

---

(١) في هامش (ك) : (وهو أوجه) .
وفي هامشها أيضاً : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

وَفِي قَوْلٍ : لاَ تُزَادُ عَلَىٰ سَنَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ثَلاَثِينَ . . . .

« المهذب » ، وألحق به في « الكافي » إذا قال : هـٰذا الشهر ؛ فإنه ينصرف إلىٰ ما بقي منه .

قال : (**وفي قول : لا تزاد علىٰ سنة**) ؛ لأن الإجارة عقد علىٰ معدوم جوز للحاجة ، وهي تندفع بسنة ؛ لأنها مدة تضمُّ الفصول وتتم فيها الزروع والثمار ، ويكفي في رده قوله تعالىٰ : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ .

قال : (**وفي قول : ثلاثين**) ؛ لأنه شطر العمر الغالب ، والغالب تغير الأشياء بعدها ، وهل الثلاثون تقريب أو تحديد؟ وجهان : أصحهما : الأول ، قاله صاحب « الإنتصار » في (باب المساقاة) .

وفي وجه رابع : تجوز إلىٰ مدة لا تبقى العين فيها غالباً ؛ لأن الأصل فيها الدوام ، وصححه في « البسيط » وقال به الأئمة الثلاثة .

وحكم الوقف في ذلك حكم الطلق وقال القاضي والمتولي : أجمع الحكام علىٰ أنه لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين ؛ لئلا يندرس ، قال الرافعي : وهـٰذا الاصطلاح غير مطرد .

وفي « أمالي السرخسي » : تمتنع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لعمارة وغيرها ، وحكاه الإمام وجهاً وقال : لا اتجاه له في الوقف علىٰ جهات الخير .

ويستثنىٰ من اشتراط بيان المدة :

إجارة عمر رضي الله عنه سواد العراق ، فالأصح أنه أجرها مؤبداً ، واحتمل ذلك للمصلحة الكلية .

واستئجار الإمام للأذان من مال بيت المال يجوز كل شهر بدرهم من غير بيان المدة ، بخلاف ما إذا كان من ماله أو كان المستأجر غيره فلا بد من بيان المدة على الأصح .

واستئجار الذمي للجهاد ، قاله في « الشامل » في (باب الغنيمة) .

واستئجار علو دار لإجراء الماء عليه وعقد الجزية إذا قلنا : إنها عقد إجارة علىٰ إقامتهم في دار الإسلام .

قال : (**وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره**) كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره ، فلو أجره بشرط أن يستوفي المنفعة بنفسه . . لم يصح ، وقيل : يصح ويلغو الشرط ، وقيل : يصحان ، حكاهما ابن يونس .

وإنما تستوفى المنفعة بالمعروف ، فإذا استأجر ثوباً للبس . . لبسه نهاراً وليلاً إلىٰ وقت النوم ، فإذا نام فيه ليلاً أو نقل فيه تراباً أو ألبسه دباغاً أو قصاباً ونحو ذلك ممن هو دون حاله . . وجب الضمان ، وقراره على الثاني إن كان جاهلاً ، وإلا . . فعلى الأول .

ولو استأجره للبسه ثلاثة أيام . . دخلت الليالي على الصحيح ، وكما له أن يستوفي المنفعة بنفسه له أن يعيرها لغيره ، وبه صرح في (باب العارية) .

قال ابن الصباغ في كتابه « الكامل » ـ بالكاف ـ : وإذا أعارها . . فينبغي[1] أن يكون المستأجر ضامناً لها .

قال : (**فيركب ويسكن**) الدار (**مثله**) أي : في الضخامة والنحافة والطول والقصر ، وهل يشترط أن يكون مثله في معرفة الركوب ؛ لأن الجهل يضر بالدابة ، أو لا ؛ لأن التفاوت يسير؟ الأشبه الثاني[2] ، واحتج للأول بأن الناس يتفاوتون في ذلك .

---

(١) في هامش (ك) :
(تتمة :
عبارة « الكامل » : « فإن قيل : فالمستعير استوفىٰ ما للمستأجر استيفاؤه . . فأجاب بأن الضمان لا يمنع من استيفائه بحكم الإجارة ، كما لو تعدى المستأجر في العين يضمنها بتعديه ، ويكون مستوفياً بحكم الإجارة ، ويستقر عليه العوض » اهـ
فعلم من تشبيهه أن صورة المسألة عند حصول التعدي ، فعند عدمه لا ضمان ، وحينئذٍ فما ذكره من إطلاق الضمان ضعيف ، والأصح خلافه) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلاَ يُسْكِنُ حَدَّاداً وَقَصَّاراً . وَمَا يُسْتَوْفَىٰ مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لاَ يُبْدَلُ ، . . . . .

قال الشاعر [من البسيط] :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال علىٰ أكتافها عنف

وإن استأجر علىٰ أن يركب بالإكاف . . لا يركب بالسرج دون عكسه .

وإذا استأجر دابة لحمل القطن . . فله حمل الصوف والوبر ، أو لحمل النحاس . . فله حمل الحديد والرصاص .

وإذا استأجر دابة للحمل فأراد أن يركب من لا يزيد وزنه علىٰ وزن المحمول . . فالأصح المنع .

ولو استأجر للركوب فأراد الحمل . . فالأظهر المنع أيضاً خلافاً للقاضي حسين .

وإذا اكترىٰ دابة ليركبها إلىٰ بلد . . فله أن يركبها إلىٰ مثل مسافته إلىٰ ناحية أخرىٰ إذا كانت مثلها في السهولة والأمن ، وقيل : ليس له ذلك .

قال : (**فلا يسكن حداداً وقصاراً**) لزيادة الضرر ، واستثنىٰ صاحبا « العدة » و« البيان » والجرجاني وغيرهم ما لو قال : لتسكنها وتسكن من شئت ؛ للإذن كما لو قال : لتزرع ما شئت ، وفيه نظر ؛ لأن ذلك يراد به التوسعة لا الإذن في الإضرار ، فإن خالف وأسكن القصار أو الحداد . . كان متعدياً ، وتلف المنفعة في تلك المدة يلزمه الأجرة ويضمن ما نقص بالتعدي .

فرع :

استأجر داراً ليسكن وحده . .[1] صح على الصحيح ، فإذا تزوج . . كان له أن يسكنها معه ، قاله ابن كج في « التجريد »[2] ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو ثور : لا يسكنها معه ، قال الصيمري في « الإيضاح » : وهو القياس .

قال : (**وما يستوفىٰ منه كدار ودابة معينة لا يبدل**) كما لا يبدل المبيع ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : ولم يشترط ذلك في صلب العقد ، وإلا . . فالعقد غير صحيح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَا يُسْتَوْفَىٰ بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَٱلِٱرْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَدُ ٱلْمُكْتَرِي عَلَى ٱلدَّابَّةِ وَٱلثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ ٱلإِجَارَةِ ، . . . .

واحترز بـ(المعينة) عما في الذمة فيجوز إبدالها برضى المكتري ، وبغير رضاه وجهان : أصحهما : المنع .

قال : (**وما يستوفىٰ به كثوب وصبي عُيِّنَ للخياطة والارتضاع يجوز إبداله في الأصح**) أي : بثوب مثله وصبي في مثل حاله وإن لم يرض الأجير ؛ لأنه ليس معقوداً عليه وإنما هو طريق في الاستيفاء ، فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل .

والثاني : لا يجوز كالمستوفىٰ منه وهو الراجح عند العراقيين ، وما صححه المصنف وافق فيه « الشرح الصغير » .

وأشار بقوله : (إبداله) إلىٰ أنه موجود وأبدل ، أما لو مات الصبي أو تلف الثوب. . فالمذهب الانفساخ[١] ، وامتناع الصبي من التقام الثدي كالموت[٢] .

وقوله : (عين) صوابه عينا ؛ فإن إيقاع ضمير المفرد موضع المثنىٰ شاذ[٣] .

قال : (**ويد المكتري على الدابة والثوب يد أمانة مدة الإجارة**) ؛ لأنه لا يمكن استيفاء حقه إلا بإثبات اليد على العين ، فلا يضمن بلا تعد بالإجماع كالنخلة التي تشترىٰ ثمرتها ، بخلاف ظرف المبيع على الأصح فإنه أخذه لمنفعة نفسه ، ولا ضرورة في قبض المبيع فيه ، فإن حصل تعد. . فسيأتي في كلام المصنف .

تنبيه :

يؤخذ من كونها أمانة أنه يلزمه أن يدفع عنها ما يتلفها من حريق وغيره كالمودع ، وقد نقل المصنف ذلك في أواخر الباب من « الروضة » عن « فتاوى الغزالي » فقال : لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما ، وإنما عليه

---

(١) في هامش (ك) : (أي : بناء علىٰ منع إبداله المستوفىٰ به ، وهو رأي مرجوح) .

(٢) في هامش (ك) : (الراجح أنها لا تنفسخ به ولا يثبت به الخيار) .

(٣) في هامش (ك) : (جوابه : أن قوله : « عيّن » أي : المذكور ، فهو ضمير مفرد) .

تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء ، وأما المستأجر ، فإذا قدر علىٰ ذلك من غير خطر . . لزمه كالمودع .

قال : (**وكذا بعدها في الأصح**) كما قبل انقضاء المدة ؛ استصحاباً لما كان كالمودع ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة .

والثاني ـ وبه قال مالك ـ : يضمن كالمستعير .

وبنى الرافعي الوجهين علىٰ أنه هل يلزم المستأجر الرد ومؤنته؟ وفيه وجهان : أقربهما إلىٰ كلام الشافعي : أنه يلزمه الرد ومؤنته إن لم يكن عذر وإن لم يطالب المالك(١) ، وفي هـٰذا البناء نظر ؛ لاختلاف التصحيح .

قال الشيخ : والحق أنها بمجرد انقضاء مدة الإجارة تصير أمانة شرعية كالثوب تطيره الريح إلىٰ داره ، وأولىٰ بالأمانة(٢) ؛ لأن الثوب لم يتقدم من المالك إذن فيه ، وهـٰذا تقدم من المالك ائتمان فيه ، فإن تلف عقب انقضاء مدة الإجارة من غير تمكن من الرد ولا إعلام . . فلا ضمان قطعاً ، وكذا إذا أمسكها لعذر مانع من الرد فتلفت . . فلا ضمان عليه في الرد ، ولا أجرة في المنفعة بعد المدة ، فإن طالبه المالك بها فامتنع . . كان ضامناً قطعاً كالغاصب .

هـٰذا كله إذا لم يجر شرط الرد ، فإن شرطه . . لزمه الرد بلا خلاف(٣) .

فرع :

قال المزني في « المنثور » : لو استأجر لخياطة ثوب فخاط بعضه واحترق

---

(١) في هامش (ك) : (الراجح : أنه لا تلزمه إلا التخلية) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قاله القاضي أبو الطيب ، ومنعه ابن الصباغ وقال : « من لا يوجب عليه الرد . . ينبغي أن لا يجوز شرطه » اهـ

وهـٰذا جيد حكاه في « الذخائر » عن المراوزة فقال : إنه لو شرط الرد في العقد . . فسد العقد ، ومثله ما في « زيادات العبادي » أنه إذا استأجر وشرط أن يرد المستأجر عند انتهاء المدة . . فالإجارة فاسدة عندنا ، وتصح عند أبي سعيد) .

وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً ٱكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا . . لَمْ يَضْمَنْ إِلاَّ إِذَا ٱنْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوِ ٱنْتُفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا ٱلْهَدْمُ . . . .

الثوب . . استحق الأجرة لما عمل[١] ، ثم إن قلنا : ينفسخ العقد بتلفه . . استحق أجرة المثل ، وإلا . . قسطه من المسمىٰ .

ولو استأجره لحمل حُب إلىٰ موضع فزلق في الطريق وانكسر الحب . . لم يستحق شيئاً من الأجرة ، وفرق بأن الخياطة تظهر على الثوب فيقع العمل مسلماً بظهور أثره ، والحمل لا يظهر على الحب ، وهـٰذا يدل علىٰ أنه جعل الخياطة كالعين ، وعلىٰ أن صورة المسألة إذا كان العمل في دار المستأجر أو بحضرته ، وإلا . . أشكل جعله مسلماً[٢] .

قال : (**ولو ربط دابة اكتراها لحمل أو ركوب ولم ينتفع بها . . لم يضمن**) ؛ لأنها في يده أمانة أما إذا ماتت في المدة . . فقطعاً ، وكذا بعدها على الأصح .

وقوله : (ولم ينتفع بها) تبع فيه « المحرر » ، والظاهر أنه لا يختص بذلك ، وأنها لو ماتت في أثناء مدة الانتفاع . . كان الحكم كذلك[٣] .

قال : (**إلا إذا انهدم عليها إصطبل في وقت لو انتفع بها لم يصبها الهدم**) أي : والعادة جارية بالانتفاع فيه وعدم الربط ، فإن انهدم في وقت جرت العادة بوضعها فيه كالليل في الشتاء . . لم يضمن .

و(الإصطبل) عجمي معرب .

قال الشيخ : ومسألة الكتاب لم أرها إلا للقاضي حسين ، وتبعه الإمام والرافعي ، وللنظر فيه مجال ، والمتجه : أن هـٰذا الضمان ضمان يد لا ضمان جناية[٤] ، والمراد به ضمان القيمة ، أما ضمان الأجرة واستقرار المنافع . . فليس مراداً هنا .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (الراجح : أنه ضمان جناية) .

وَلَوْ تَلِفَ ٱلْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلاَ تَعَدٍّ كَثَوْبٍ ٱسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ. . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِٱلْيَدِ ، بِأَنْ قَعَدَ ٱلْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ ، وكَذَا إِنِ ٱنْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ ٱلأَقْوَالِ ، . . . .

قال : (**ولو تلف المال في يد أجير بلا تعد كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه . . لم يضمن إن لم ينفرد باليد ، بأن قعد المستأجر معه أو أحضره منزله**) ؛ لأن المال غير مسلم إليه حقيقة وإنما استعان المالك به في شغله كالوكيل ، وكذلك لو حمله المتاع ومشىٰ خلفه .

وقضية إطلاق المصنف : أنه لا فرق بين تلفه قبل العمل أو بعده وهو كذلك ، وقال الفارقي : إن تلف قبل العمل . . لم يضمن بلا خلاف ، هٰذا الذي قطع به الجمهور ، وقيل : يطرد الخلاف ، وقيل : يضمن إن تلفت بفعله ، وإلا . . فلا ، ويستحق في هٰذه الحالة أجرة ما عمل .

وضبط المصنف (الصبغ) بفتح الصاد وهو الصواب كالقصر والطحن .

واحترز بقوله : (بلا تعد) عما إذا تعدىٰ . . فإنه يضمن لا محالة ، كما لو أسرف الخباز في الوقود أو تركه في النار حتى احترق . . فإنه يضمن قطعاً .

وعبارة المصنف ومن وافقه تفهم مشاركته للمالك في اليد ، وكلام الأصحاب يقتضي أن العين في هٰذه الحالة في يد مالكها ولا يد للأجير عليها .

قال : (**وكذا إن انفرد في أظهر الأقوال**) كعامل القراض . . فإنه لا يضمن إجماعاً ، وبهٰذا قال أحمد والمزني ؛ لأنه لم يأخذه لغرضه خاصة .

وقال الربيع : الذي كان يعتقده الشافعي أن لا ضمان على الأجير ، وأن القاضي يقضي بعلمه ، ولٰكن كان لا يبوح به خيفة قضاة السوء والأجراء السوء .

والثاني : يضمن ، وبه قال مالك ؛ لأنه أخذه لمصلحة نفسه وصار كالمستعير والمستام وقال صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤديه » رواه الأربعة[1] والحاكم [٢/٥٥] من رواية الحسن عن سمرة ، وأعله ابن حزم

---

(١) أخرجه أبو داوود (٣٥٥٦) ، والترمذي (١٢٦٦) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٥١) ، وابن ماجه (٢٤٠٠) .

وَٱلثَّالِثُ : يَضْمَنُ ٱلْمُشْتَرِكُ ـ وَهُوَ مَنِ ٱلْتَزَمَ عَمَلاً فِي ذِمَّتِهِ ـ لاَ ٱلْمُنْفَرِدُ ، وَهُوَ : مَنْ أَجَّرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ . . . .

بذلك[1] ، لكن صححه الترمذي والحاكم .

والمراد بـ(انفراد باليد) : أن ينتفي ما يكون قبله ، ثم ينقسم بعد ذلك إلىٰ مشترك ومنفرد بتفسير آخر .

قال : (**والثالث : يضمن المشترك ـ وهو من التزم عملاً في ذمته ـ لا المنفرد ، وهو : من أجر نفسه مدة معينة لعمل**) فالخياط والصائغ ونحوهما مشتركون بين الناس ، فإذا التزم لشخص . . أمكن أن يلتزم لغيره مثله وكأنه مشترك بين الناس ، بخلاف من أجر نفسه . . فإنه ليس له بعد ذلك أن يؤجرها ، وهـٰذا التفسير هو المجزوم به في « الشرح الصغير » أيضاً ، والمرجح في « الكبير » و« الروضة » ، وقوم فسروا المشترك بالمشارك في الرأي ، فيقال له : اعمل حيث شئت .

و(المنفرد) : من عين له العمل وموضعه فلا يضمن قطعاً .

فروع :

لا فرق في التلف[2] بين أن يقع بآفة أو بفعل الأجير أو إتلاف أجنبي .

وحيث ضمناه . . اعتبرت قيمته يوم إتلافه على الأصح ، ولا تقوم الصنعة لا له ولا عليه ، قاله الدارمي .

وجميع ما تقدم إذا لم يتعد ، فإن تعدىٰ . . ضمن ، وإذا اختلف المستأجر والأجير المشترك في رد العين . . فعلىٰ قول الضمان : القول قول المستأجر قطعاً ، وعلىٰ قول الأمانة : فيه وجهان كالوكيل[3] .

وإذا خاط الأجير الثوب في دكانه أو بيت نفسه . . فله حبسه لقبض الأجرة ، وإن خاطه في دار المستأجر أو بحضرته . . لم يكن له ذلك .

---

(١) « المحلىٰ » (٩/ ١٧٢) .
(٢) في هامش (ك) : (على الضعيف) .
(٣) في هامش (ك) : (ومقتضاه : القبول) .

وَلَوْ دَفَعَ ثَوْباً إِلَىٰ قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ ، أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أُجْرَةً . . فَلاَ أُجْرَةَ [لَهُ] ، وَقِيلَ : لَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِذٰلِكَ ٱلْعَمَلِ . . فَلَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ . . . .

غريبة :

الأجير لحفظ الدكان إذا أخذ ما فيه . . لا ضمان عليه ؛ لأنه لا يد له على المال قاله ، الماوردي[1] .

ومنه يعلم أن الخفراء لا ضمان عليهم ، وهي مسألة عزيزة النقل[2] .

قال : (**ولو دفع ثوباً إلىٰ قصار ليقصره ، أو خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أجرة . . فلا أجرة [له]**) ؛ لأنه لم يلتزم شيئاً وصار كما لو قال لغيره : أطعمني . . فأطعمه ، وكذا لو قال : أسكني دارك شهراً فأسكنه . . لم يستحق عليه أجرة ، لٰكن يستثنىٰ ما لو دخل حماماً[3] بغير إذن . . فإن عليه الأجرة ، ولا يخرج على الخلاف ؛ لاستيفائه المنفعة ، بخلاف ما يتلف فإن صاحب المنفعة هو الذي صرفها إلىٰ غيره .

ويستثنىٰ عامل المساقاة إذا عمل ما ليس بواجب عليه بإذن المالك . . فإنه يستحق الأجرة كما جزم به الشيخان هنا .

ولا يستثنىٰ عامل الزكاة ، فإن شاء الإمام . . بعثه ثم أعطاه الأجرة ، وإن شاء . . سمىٰ له ؛ لأن الأجرة ثابتة له بنص القرآن فهي مسماة شرعاً ، ذكرها الإمام حين البعث أم لا ، وكذلك عامل القسمة بأمر الحاكم[4] .

قال : (**وقيل : له**) أي : أجرة المثل ، وهو قول المزني ، فإنه استهلك عمله . . فلزمه ضمانه ، وهٰذا ضعيف ؛ لأن القصار استهلك عمل نفسه .

قال : (**وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل . . فله ، وإلا . . فلا ، وقد يستحسن**) لدلالة العرف وقيامه مقام اللفظ ، وصححه ابن عبد السلام ، وبه أفتى الروياني ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ت) : (مسألة عدم ضمان الحراس إذا سرق حانوت ، وكذلك الخفراء) .

(٣) في هامش (ك) : (أو سفينة) .

(٤) في هامش (ك) : (هٰذا رأي مرجوح ، والراجح : أنه لغيره) .

وَلَوْ تَعَدَّى ٱلْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ ٱلدَّابَّةَ ، أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ ٱلْعَادَةِ ، أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ ، أَوْ أَسْكَنَ حَدَّاداً أَوْ قَصَّاراً . . ضَمِنَ ٱلْعَيْنَ ، . . . .

وحكاه في « الحلية » عن الأكثرين .

وليس مراد المصنف بالاستحسان ما تقوله الحنفية ، ولـٰكن مراده أنه حسن لموافقة العادة ، وينبغي علىٰ هـٰذا إن كانت الأجرة معلومة . . يحمل عليها ، وإلا . . وجبت أجرة المثل .

وفي وجه رابع لأبي إسحاق : إن سأله المالك العمل . . استحق ، وإلا . . فلا ؛ لأنه اختار فوات منافعه كما لو ضمن عن غيره بغير إذنه ، واختاره ابن القفال في « التقريب » .

وفي خامس : عكسه ، حكاه الدارمي في (باب الآنية) .

وفي سادس ـ أبداه الإمام في (باب العارية) ـ : إن كان الدافع أرفع منزلة من المدفوع إليه . . استحق ، وإن كان دونه . . لم يستحق ، وهو كالخلاف في الثواب في الهبة .

وتجري الأوجه في الدلال والحمال ونحوهما .

واحترز بقوله : (ولم يذكر أجرة) عما إذا قال : مجاناً . . فإنه لا يستحق قطعاً ، أو ذكر الأجرة . . فإنه يستحق قطعاً إن كانت صحيحة ، وإلا . . فأجرة المثل .

ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها وسار إلى الساحل . . لزمه الأجرة إن لم يعلم صاحبها ، فإن علم . . قال ابن الرفعة[1] : لا ضمان ولا أجرة ، وإن كان بالإذن ولم يجر ذكر الأجرة . . فعلى الأوجه ، وحيث لا أجرة . . فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه ، وإن أوجبناها . . فضمانه كالأجير المشترك .

وتجري الأوجه فيما لو قعد بين يدي حلاق فحلق له رأسه ، أو دلاك فدلكه .

قال : (**ولو تعدى المستأجر بأن ضرب الدابة ، أو كبحها فوق العادة ، أو أركبها أثقل منه ، أو أسكن حداداً أو قصاراً . . ضمن العين**) لتعديه ، المراد أنها تدخل في

---

(١) في هامش (ك) : (ليس كما قال) .

وَكَذَا لَوِ ٱكْتَرَىٰ لِحَمْلِ مِئَةِ رِطْلٍ حِنْطَةً فَحَمَلَ مِئَةً شَعِيراً أَوْ عَكَسَ أَوْ لِعَشْرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً . . . .

ضمانه ، أما الضرب المعتاد . . فله فعله ، وكذلك الكبح المعتاد ، فإن أفضى المعتاد إلى التلف . . لم يوجب ضماناً ، بخلاف ضرب الزوج زوجته فإنه يقتضي الضمان ، لأن الإنسان يمكن تأديبه بغير الضرب بخلاف البهيمة .

وقال أبو حنيفة : إذا أفضى الضرب المعتاد إلى الهلاك . . ضمن ، فجعله كضرب الزوجة .

و(الكبح) : الجذب باللجام لتقف ولا تجري ، وهو بالباء الموحدة والحاء المهملة ، ويقال : أكبحها رباعي ، ويقال : بالميم بدل الباء ، ويقال : بالتاء المثناة من فوق بدل الباء .

وأما إذا أركبها أثقل منه . . فقرار الضمان على الثاني إن علم[1] ، وإلا . . فعلى الأول .

فرع :

لو تعدىٰ في الأرض المستأجرة لزرع الحنطة فزرع الذرة . . لم يصر ضامناً للأرض غاصباً لها على الأصح في زوائد « الروضة » ؛ بل تلزمه أجرة المثل للذرة فيستثنىٰ هـٰذا من إطلاق المصنف ، وسيأتي ذكر هـٰذا في آخر مسألة الخياط أيضاً لغرض آخر .

قال : (**وكذا لو اكترىٰ لحمل مئة رطل حنطة فحمل مئة شعيراً أو عكس**) ؛ لأن الحنطة أثقل فيجتمع ثقلها في موضع واحد ، والشعير أخف ويأخذ من ظهر الدابة أكثر ، وسواء تلفت بذلك السبب أم بغيره[2] ؛ لأن يده بعد ذلك يد عدوان .

قال : (**أو لعشرة أقفزة شعير فحمل حنطة**) ؛ لأنها أثقل .

و(القفيز) : مكيال يسع اثني عشر صاعاً .

---

(١) في هامش (ك) : (إذا كانت يده يد ضمان كمستعير ، فإن كانت يد أمانة بالنسبة للأول كمستأجر . . فالقرار على الأول) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : إن لم يكن صاحبها معها) .

دُونَ عَكْسِهِ . وَلَوِ ٱكْتَرَىٰ لِمِئَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً وَعَشَرَةً . . لَزِمَهُ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ . . ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا ، فَإِنْ كَانَ . . ضَمِنَ قِسْطَ ٱلزِّيَادَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفَ ٱلْقِيمَةِ . وَلَوْ سَلَّمَ ٱلْمِئَةَ وَٱلْعَشَرَةَ إِلَى ٱلْمُؤَجِّرِ ، فَحَمَّلَهَا جَاهِلاً . . ضَمِنَ ٱلْمُكْتَرِي عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**دون عكسه**) ؛ لأن الشعير أخف ولم يزد حجمه .

قال : (**ولو اكترىٰ لمئة فحمل مئة وعشرة . . لزمه أجرة المثل للزيادة**) أي : مع المسمىٰ لتعديه بذلك .

والثاني : يلزمه أجرة المثل للجميع .

والثالث : يتخير بين المسمىٰ وما حصل للدابة من نقص وبين أجرة المثل .

والرابع : يتخير بين المسمىٰ وبين أجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع .

قال : (**وإن تلفت بذلك . . ضمنها**) أي : ضمان يد (**إن لم يكن صاحبها معها**) ؛ لأنه غاصب بحمل الزيادة .

وقوله : (بذلك) يوهم أنها لو تلفت بغيره . . لم يضمنها ، وليس كذلك[1] لما ذكرناه .

قال : (**فإن كان**) أي : صاحبها معها (. . **ضمن قسط الزيادة**) مؤاخذة له بقدر الجناية ، ويضمنها ضمان جناية ؛ لأنها تلفت من مستحق وغيره ، ولو تلفت بسبب آخر غير الحمل . . ضمنها[2] ؛ لأنه غاصب .

قال : (**وفي قول : نصف القيمة**) صححه الجويني ؛ لأنها تلفت بمضمون وغيره فقسطت القيمة عليهما كما لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات .

قال : (**ولو سلم المئة والعشرة إلى المؤجر ، فحملها جاهلاً**) أي : بالحال بأن قال له : هي مئة فظن صدقه (. . **ضمن المكتري على المذهب**) كما لو حمله بنفسه ؛ لأنه ملجأ إلى الحمل شرعاً فيأتي فيه الخلاف السابق .

---

(١) في هامش (ك) : (علىٰ ما تقدم) .
(٢) في هامش (ك) : (أي : إن لم يكن صاحبها معها) .

وَلَوْ وَزَنَ ٱلْمُؤَجِّرُ وَحَمَلَ . . فَلاَ أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ ، وَلاَ ضَمَانَ إِنْ تَلِفَ . وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْباً لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ : أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً ، فَقَالَ : بَلْ قَمِيصاً . . فَٱلأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ ٱلْمَالِكِ بِيَمِينِهِ ، . . . .

والطريق الثاني : أنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة ، ولم يصحح الرافعي واحدة من الطريقتين ، وصحح المصنف الطريقة الأولىٰ .

واحترز بـ(الجاهل) عن العالم ، فإن لم يقل له المستأجر شيئاً . . فحكمه كما سيأتي، سواء وضعه في الأرض فحمله المؤجر، أو وضعه علىٰ ظهرها فسيرها المؤجر .

قال : (**ولو وزن المؤجر وحمل . . فلا أجرة للزيادة**) سواء تعمد ذلك أم جهله ؛ لأنه لم يأذن في نقل الزيادة ، وله مطالبة المؤجر بردها إلى الموضع المنقول منه ، وليس للمؤجر أن يردها دون رضاه ، فلو اختلفا في قدر الزيادة أو أصلها . . فالقول قول المنكر .

قال : (**ولا ضمان**) أي : على المستأجر (**إن تلف**) ؛ لأنه لم يتعد وليست له يد وله مطالبة المؤجر[1] برد الزيادة إلىٰ موضع المنقول منه .

فرع :

اكترى اثنان دابة وركباها ، فارتدفها ثالث بغير إذنهما فتلفت . . ففيما يلزم المرتدف أوجه : أصحها عند المصنف : ثلثها .

والثاني : نصفها .

والثالث : يقسط علىٰ أوزانهم ، فيلزمه حصة وزنه ، وصححه ابن أبي عصرون والشيخ .

ولو سخر رجلاً علىٰ بهيمة فتلفت البهيمة في يده . . لا يضمنها؛ لأنها في يد صاحبها .

قال : (**ولو أعطاه ثوباً ليخيطه فخاطه قباء وقال : أمرتني بقطعه قباء ، فقال : بل قميصاً . . فالأظهر : تصديق المالك بيمينه**) ومثله لو صبغه أسود فقال : إنما أمرتك بصبغه أحمر .

---

(١) في النسخ : (ولم يطالبه المؤجر . . .) والتصويب من هامش (ت) .

. . . .

وللأصحاب في مسألة الخياط والصبغ ستة طرق أصحها عند الرافعي والمصنف : تصديق المالك ؛ لأنهما لو اختلفا في أصل الإذن . . كان القول قوله فكذا في صفته ، ولأن الخياط معترف بأنه أحدث في الثوب نقصاً وادعىٰ أنه مأذون له فيه والأصل عدمه .

ويقابل الأظهر تصديق الأجير ؛ لأنهما اتفقا علىٰ إذنه في القطع ، والظاهر أنه لا يتجاوز إذنه والأصل براءة ذمته .

وقيل : يقضىٰ عليهما بالتحالف ؛ لأنهما اتفقا علىٰ أصل العقد واختلفا في صفته ، فالخياط يدعي الأجرة وينفي الضمان ، والمالك يدعي الضمان وينفي الأجرة ، ولأنهما لو اختلفا كذلك والثوب قائم . . لتحالفا ، فكذا بعد قطعه .

والطريق الرابع : قولان .

والخامس : ثلاثة أقوال .

والسادس : إن جرىٰ بينهما عقد . . تحالفا ، وإلا . . فالخياط ؛ لأنه يدعي الأجرة .

وإنما النزاع في الأرش ، ولذلك كانت المسألة مصورة بما إذا جرىٰ بينهما عقد أو لم يجر عقد ولـٰكن فرعنا علىٰ إيجاب الأجرة .

قال في « المهمات » : تصديق المالك مذهب أبي حنيفة والمزني ، وتصديق الأجير مذهب ابن أبي ليلىٰ ومالك وأحمد ، والقول بالتحالف مذهب الشافعي المنصوص ، وهو الصحيح نقلاً واستدلالاً ، وعليه أكثر الأصحاب وهو الصواب .

وعلىٰ هـٰذا : إذا حلف أحدهما ونكل الآخر . . قضينا علىٰ مقتضىٰ يمين الحالف ، ولا خلاف أن المتآجرين إذا اختلفا في الأجرة أو المدة أو في قدر المنفعة أو في قدر المستأجر بأن قال : أكريتك هـٰذا البيت ، فقال : هـٰذين البيتين . . يتحالفان ، فإذا تحالفا . . فسخ العقد ووجبت أجرة المثل لما استوفاه .

و(القباء) فارسي معرب ، وقيل : عربي مشتق من القبو وهو : الضم .

وَلاَ أُجْرَةَ عَلَيْهِ ، وَعَلَى ٱلْخَيَّاطِ أَرْشُ ٱلنَّقْصِ ....

قال : (**ولا أجرة عليه**) أي : بعد حلفه ؛ لأن التحالف يرفع العقد وحينئذ يصير العمل غير مأذون فيه .

قال : (**وعلى الخياط أرش النقص**) ؛ لأن القطع موجب للضمان إلا أن يعارضه الإذن ، وفي الأرش الواجب وجهان :

أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ؛ لأنه أثبت بيمينه أنه لم يأذن في القطع ، وصححه ابن أبي عصرون .

والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء[1] ؛ لأن أصل القطع مأذون فيه ، قال الشيخ : وهـٰذا المختار ولا يتجه غيره ، وعلىٰ هـٰذا : لو لم يكن بينهما تفاوت أو كان مقطوعاً قباء أكثر قيمة . . فلا شيء عليه .

ويبدأ[2] بالمالك في التحالف ؛ لأنه في رتبة البائع ، ويجمع كل منهما في حلفه بين النفي والإثبات .

فرع :

قال للخياط : إن كان هـٰذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه فقطع فلم يكف . . ضمن الأرش ، وإن قال : هل يكفيني قميصاً؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فقطعه فلم يكف . . لم يضمن .

فرع :

أتى الخياط بثوب فقال : هـٰذا ثوبك فقال : بل غيره . . قال البندنيجي : القول قول الأجير ، وكذا الحكم في كل الأجراء ، فإذا حلف . . فقد اعترف بثوب وهو لا يدعيه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (على الضعيف) .

فَصْلٌ :

لاَ تَنْفَسِخُ ٱلإِجَارَةُ بِعُذْرٍ ، كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ . . . .

تتمة :

سلم ثوباً إلىٰ قصار ليقصره فجحده ثم أتىٰ به مقصوراً . . استحق الأجرة إن قصره ثم جحده ، وإن جحده ثم قصره . . فوجهان ؛ لأنه عمل لنفسه ، قال : المصنف ينبغي أن يكون أصحهما الفرق بين أن يقصد بعمله نفسه فلا أجرة له ، أو يقصد عمله عن الإجارة الواجبة فيستحق الأجرة[1] .

والأصح : أنه يستحق لصحة العقد في الابتداء وحصول غرض المستأجر ، كذا صححه الرافعي والمصنف في (كتاب الحج) ، وهـٰذه المسألة التي امتحن بها أبو حنيفة أبا يوسف لما انفرد عنه فأطلق الجواب فقال أبو حنيفة : الصواب التفصيل ، ثم قال : يا أبا يوسف زببت قبل أن تحصرم .

قال : (**فصل :**

لا تنفسخ الإجارة بعذر) سواء كان من المؤجر أو المستأجر ، وسواء في ذلك إجارة العين والذمة ، ولا يثبت به فسخ أيضاً وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : أنه لا خلل في المعقود عليه .

قال : (**كتعذر وقود حمام**) هو بفتح الواو وهو : الشيء الذي يوقد قال الله تعالىٰ : ﴿ وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلْحِجَارَةُ ﴾ .

هـٰذا إذا استأجره لإدارته حماماً ؛ لأن التعطيل ليس لأمر يرجع إلى الحمام بل لأمر خارج .

نعم ؛ في « البحر »[2] : أن عدم دخول الناس الحمام المستأجر بسبب فتنة حادثة أو خراب الناحية عيب ، قال : ولا كذلك الحانوت والدار فإنهما يستأجران للسكنىٰ ، وهي ممكنة علىٰ كل حال .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَسَفَرٍ ، وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ . . . .

ولا تجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة العطلة بسبب العمارة ونحوها محسوبة على المستأجر ولا على المؤجر .

ووقع في « الفتاوىٰ » : أن رجلاً اكترىٰ مركباً من عادة الناس التفرج فيها في النهر ، فمنع أمير البلد التفرج . . فأجيب : لا تنفسخ الإجارة بذلك(١) .

ورجل استأجر حانوتاً خارج البلد ، فنزل العسكر على البلد وأغلق الباب وتعذر انتفاع المستأجر بالحانوت ، وحيل بينه وبينه وأخذت أبوابه . . فأجاب ابن عبد السلام بأن عليه الأجرة إلىٰ أن يفسخ ، وأجاب ابن الصلاح بأنه لا تلزمه أجرة في أيام العطلة ، وهو مشكل .

قال : (**وسفر**) أي : إذا استأجر دابة ليسافر عليها ولا يتمكن من السَّفَرِ إلا مع السَّفْرِ ، وهم المسافرون ، كصاحب وصحب ، وراكب وركب ، وشارب وشرب ، فتعذر خروجهم في ذلك الوقت .

قال : (**ومرض مستأجر دابة لسفر**) كل ذلك لا يقتضي الفسخ ، وكذلك إذا مرض مؤجرها وتعذر خروجه معها .

فإن قيل : المنفعة المعقود عليها تعذرت . . فالجواب أن تعذرها لمعنىً خارج عن المعقود عليه لا يؤثر في العقد ، وهـٰذا في غير التعذر الشرعي كما تقدم فيما لو استأجره لقلع سن وجعة فزال الألم . . فذلك ينفسخ عند الأكثرين .

ويستثنىٰ ما لو أجر أحد الشريكين نصيبه من الدار وقلنا : لا يجبر الشريك على المهايأة . . فله أن يفسخ الإجارة كما أفتىٰ به القفال(٢) .

فرع :

إفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة يوجب للأجير الفسخ كذا أطلقه الرافعي في (بابـ التفليس) ، وأفتى ابن الصلاح بأن الإجارة لا تنفسخ بالإفلاس إذا

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِلزِّرَاعَةِ فَزَرَعَ فَهَلَكَ ٱلزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ . . فَلَيْسَ لَهُ ٱلْفَسْخُ وَلاَ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ ٱلأُجْرَةِ . وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ ٱلدَّابَّةِ وَٱلأَجِيرِ ٱلْمُعَيَّنَيْنِ فِي ٱلْمُسْتَقْبَلِ لاَ ٱلْمَاضِي فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ ٱلْمُسَمَّىٰ . . . .

كانت الأجرة تستحق آخر كل شهر[١] ؛ لأن الأجرة قبل انقضاء الشهر لم تستحق ، وبعده فات المنفعة ، وهٰكذا العمل في كل شهر ، وحينئذ فلا يتصور فيها الفسخ ، وإنما يتصور إذا كانت الإجارة كلها حالة .

قال : (**ولو استأجر أرضاً للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة . . فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة**) ؛ لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الأرض ، فصار كما لو أكراه دكاناً ليبيع البز فسرق منها بزه أو احترق . . فإن الإجارة لا تنفسخ ، اللهم إلا أن تفسد الأرض أو تبطل قوتها بتلك الجائحة في مدة الإجارة . . فإنها تنفسخ في المدة الباقية ، ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع فهل يسترد شيئاً من الأجرة؟ فيه احتمالان للإمام[٢] .

قال : (**وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين في المستقبل**) لفوات المنفعة المعقود عليها كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض .

قال : (**لا الماضي في الأظهر**) ؛ لأنه استقر بالقبض .

والثاني : تنفسخ فيه أيضاً ؛ لأن العقد واحد وقد انفسخ في جميع المدة .

وتعبيره بـ(الأظهر) يقتضي ترجيح طريقة القولين ، والأصح : طريقة القطع بالمنع ، ثم إن المصنف فرع على الأول .

قال : (**فيستقر قسطه من المسمىٰ**) بأن يقوم المنفعة في المدتين الماضية والباقية ، ويوزع المسمىٰ علىٰ نسبة القيمة فيهما ، كما يوزع الثمن علىٰ نسبة الأعيان إذا تلف بعضها قبل القبض .

ثم الاعتبار بتقويم المنفعة حالة العقد لا بما بعده كما صرح به القاضي حسين[٣] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : لا) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال : (**ولا تنفسخ بموت المتعاقدين**) إذا كانت إجارة ذمة ؛ لأنها عقد لازم كالبيع ، وعلم منه أنها لا تنفسخ بموت أحدهما من باب أولىٰ ، وقال أبو حنيفة : تنفسخ .

لنا : القياس على البيع ، وعلىٰ ما لو زوج أمته ثم مات ، وإنما انفسخت بموت الأجير المعين ؛ لأنه مورد العقد ، فإذا مات المستأجر . . استوفىٰ وارثه المنفعة أو الأجر وتركت العين عند المستأجر إلى انقضاء المدة .

وأصل الخلاف بين الإمامين : أن الشافعي يرىٰ أن المستأجر ملك جميع المنفعة بالعقد فتحدث علىٰ ملكه ، وأبو حنيفة يرىٰ أنها تحدث علىٰ ملك المؤجر شيئاً فشيئاً ثم تنتقل إلى المستأجر فلذلك قال بالانفساخ وتستثنىٰ صور :

إحداها : الأجير المعين كما تقدم .

الثانية : ما إذا أوصىٰ بدار لزيد مدة عمر زيد وقبل الوصية وأجرها زيد ثم مات في أثناء المدة . . فإن الإجارة تنفسخ ؛ لانتهاء حقه بموته ، وإن كان الرافعي قد جزم في (باب الوصية) بأن الموصىٰ له لا يؤجره[1] .

الثالثة : الموقوف عليه إذا أجر بطريق النظر المشروط له فيما يتعلق به .

الرابعة : المقطع إذا أجر كما تقدم .

الخامسة : إذا استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن حائز . . فيسقط حكم الإجارة ، فإن كان علىٰ أبيه دين . . ضارب مع الغرماء ، وإن كان معه ابن آخر . . انفسخت الإجارة في حصة المستأجر ورجع نصف الأجرة في تركة أبيه[2] .

السادسة : لو أجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته أو أم ولده . . فالأصح انفساخها بموته خلافاً لما اقتضاه كلام الرافعي في (باب الوقف) .

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد في هـٰذه المسألة ما ذكر هنا ، وكلام الرافعي في « الوصية » صورته ما إذا قال : أوصيت لك بأن تنتفع بها) .

(٢) في هامش (ك) : (تبع فيه السبكي ، والمرجح في « الشرح » و« الروضة » : عدم الانفساخ) .

وَمُتَوَلِّي ٱلْوَقْفِ . وَلَوْ أَجَّرَ ٱلْبَطْنَ ٱلأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا ، أَوِ ٱلْوَلِيُّ صَبِيّاً مُدَّةً لاَ يَبْلُغُ فِيهَا بِٱلسِّنِّ فَبَلَغَ بِٱلِاحْتِلاَمِ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱنْفِسَاخُهَا فِي ٱلْوَقْفِ . . . .

فرع :

استأجر داراً أو حانوتاً بأجرة معينة ومات وعليه أجرة . . أخذت من تركته ، فإن كان غرماء . . ضارب معهم المالك ولم يقدم علىٰ غيره .

قال : (**ومتولي الوقف**) فلا تنفسخ بموته سواء فيه الحاكم ومنصوبه والمشروط له فيه النظر مطلقاً ، وكذلك الواقف إذا قلنا : له النظر ؛ لأنه ناظر للجميع فلا يختص تصرفه ببعض الموقوف عليهم .

وقيل : تنفسخ ، قال الرافعي : وهو كالخلاف فيما إذا أجر الولي الصبي فبلغ في المدة بالاحتلام ، وقال الشيخ : ليس مثله ؛ لأنه لا نظر للولي على الصبي بعد الاحتلام ، وأما ناظر الوقف . . فنظره علىٰ جميع البطون ، ثم محل هٰذا الوجه الذي حكي ـ علىٰ بُعده ـ في غير الحاكم أو أمينه أو الواقف حيث كان له النظر .

قال : (**ولو أجر البطن الأول مدة ومات قبل تمامها ، أو الولي صبياً مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ بالاحتلام**) أي : رشيداً ؛ لأنه إذا بلغ سفيهاً استمرت على الوجهين(١) .

واحترز بقوله (لا يبلغ فيها بالسن) عما إذا كان ابن عشر سنين فأجره سبع سنين ؛ فإنه يبطل في الزائد عند الجمهور .

قال : (. . **فالأصح : انفساخها في الوقف**) ؛ لأن المنافع بعد موته لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة عنه .

والثاني : لا تنفسخ كما لو أجر ملكه ومات وإن لم يملك المنافع بعد موته ، وصحح هٰذا صاحبا « الحاوي » و« المهذب » ، قال الروياني : وهو القياس ، والخلاف مبني علىٰ أن البطن الثاني يتلقون من الواقف أو من البطن الأول ، والأصح : الأول وبه يظهر ترجيح الانفساخ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وقد استشكلت صورة الوقف[١] ؛ لأن البطن الأول إن شرط له النظر . . فهو متول وقد سبق أنه لا تنفسخ بموته ، وإلا . . فلا نظر له إلا علىٰ قول ضعيف ، وصورها ابن الصباغ وسليم وصاحب « الإستقصاء » بأن يكون شرط النظر لكل بطن في حصته فلا يتعلق بما بعده ، لـٰكنه يصير كولي الصبي فيلغو الفرق[٢] .

واختار الشيخ أنه تنفسخ إذا أجر بحكم الملك[٣] ، أو شرط النظر له في حصته فقط ، فإن أطلق النظر للموقوف عليه واقتضى الحال نظر كل في زمنه . . لم تنفسخ ؛ لأنها صحت بنظر شامل فلا تبطل بنظر ثان .

فرع :

للموقوف عليه إذا كان ناظراً أن يؤجر بدون أجرة المثل ، فإذا مات حينئذ . . قال ابن الرفعة : يظهر الجزم بالانفساخ[٤] .

قال : (**لا الصبي**) ؛ لأنه كان ولياً حين تصرفه ، ومبنىٰ تصرفه على المصلحة فيلزم كما لو باع له شيئاً أو اشترىٰ .

والثاني : تنفسخ لخروج الزائد عن ولايته ، وصححه ابن أبي عصرون ، والذي صححه المصنف في الصبي تابع فيه « المحرر » ، ونقل في « الشرحين » و« الروضة » ترجيح كل منهما عن جماعة ، وقال في زوائده : إن الرافعي صحح الانفساخ في « المحرر » وهو سبق قلم .

ولا فرق في جريان الوجهين عند الجمهور بين أن يؤجر الصبي أو شيئاً من ماله ، وقيل : تستمر في ماله ولا تستمر في نفسه ، وإذا لم تنفسخ فلا خيار للصبي في الأصح .

(١) في هامش (ك) : (يجاب عنه بأن تصرف البطن الأول المذكور إنما هو بإذن الواقف ، وقد قصره علىٰ شيء فلا يتجاوزه ، بخلاف تصرف الولي) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِٱنْهِدَامِ ٱلدَّارِ ، لاَ ٱنْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ ٱسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ ، بَلْ يَثْبُتُ ٱلْخِيَارُ . . . .

تنبيهان :

أحدهما : عبارته تفهم أنه تجوز إجارة الطفل من الولي أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيماً وهو المذهب ، وفيه وجه حكاه الإمام ؛ لما فيه من الإذلال ، وكذلك تجوز إجارة ماله لـٰكن لا تجاوز مدة البلوغ ، فإن مات الصبي في أثناء المدة . . بطلت الإجارة في نفسه دون ماله ، قاله البندنيجي[1] .

الثاني : عبر المصنف ـ كالجمهور ـ بـ(الانفساخ) وعدمه ، واستبعدها جماعة ؛ لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد وقالوا : الخلاف أنا هل نتبين البطلان لظهور تصرفه في غير ملكه أو لا؟ وللشيخ في ذلك بحث نفيس ، وإذا عبرنا بالانفساخ . . كان من التفريق في الدوام ، وإن عبرنا بالبطلان . . فمن التفريق في الابتداء .

قال : (**وأنها تنفسخ بانهدام الدار**) ؛ لزوال الاسم وفوات المنفعة .

قال : (**لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة**) ؛ لبقاء اسم الأرض مع إمكان زراعتها بغير الماء المنقطع .

قال : (**بل يثبت الخيار**) للعيب وهو على التراخي كما صرح به الماوردي[2] ؛ لأن سببه تعذر قبض المنفعة ، وذلك يتكرر بتكرر الزمان ، وصحح صاحب « الإستقصاء » ثبوت الخيار في هـٰذه الحالة .

وفي عطف المسألة علىٰ ما قبلها نظر ، بل الصواب التعبير فيها بالمذهب أو الأظهر ؛ لأن الشافعي نص علىٰ أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ ، ونص علىٰ أنه إذا استأجر أرضاً للزراعة وله ماء معتاد فانقطع . . أن له الفسخ ، فمن الأصحاب من قرر النصين ، والأصح قولان فيهما :

أحدهما : الانفساخ لفوات المقصود .

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد : بطلانها في ماله أيضاً) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

والثاني : المنع لما تقدم .

واحترز بـ(الانقطاع) عما لو غرقت الأرض بماءٍ نبع فيها أو سيل . . فإنه كانهدام الدار كما صرح به الرافعي[1] هنا ، وكلامه في (باب المبيع قبل القبض) يخالفه .

وموضع ثبوت الخيار إذا لم يبادر بسوق الماء إليها ، فإن فعل . . سقط الخيار ، أما مجرد الوعد بأنه يسوق الماء . . فينبغي أن لا يكتفىٰ به كما صرح به الماوردي[2] .

وأما لو تشعثت الدار ولم تنهدم . . فإنها لا تنفسخ ، بل يثبت الخيار على التراخي كما تقدم التنبيه عليه عند قول المصنف : (ويثبت الخيار بعيبها) .

فرع :

لو انهدم بيت من الدار . . انفسخ العقد فيه ، وفي الباقي قولان ، فإن قلنا : لا ينفسخ . . ثبت الخيار ، وتعطل الرحىٰ لانقطاع الماء والحمام لخلل في الأبنية أو لنقص الماء في البئر ونحوه كانهدام الدار ، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها ، فلو نقص . . يثبت الخيار ولم تنفسخ .

قال : (**وغصب الدابة وإباق العبد يثبت الخيار**) ؛ لتعذر الاستيفاء فتنفسخ فيما بقي ، وفيما مضى الخلاف .

هـٰذا إذا كانت الإجارة على العين ، فإن كانت على الذمة . . فلا ، بل على المؤجر الإبدال ، فإن امتنع . . استؤجر عليه ، فإن بادر المؤجر إلىٰ خلاصها قبل مضي مدة لمثلها أجرة . . سقط الخيار .

ومحله أيضاً إذا لم يكن بتفريط من المستأجر ، فإن فرط . . لزمه المسمىٰ ، كما لو فرط في الرقبة . . فإنه يضمنها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أَكْرَىٰ جِمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ ٱلْمُكْتَرِي . . رَاجَعَ ٱلْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ ٱلْجَمَّالِ ، . . . .

مهمة :

مسألة « المحرر » و« المنهاج » إذا غصب العين من غير مضي المدة ، أما إذا انقضت المدة . . فالذي نص عليه الشافعي والأصحاب فيها انفساخ الإجارة ، وجزم في « تحرير التنبيه » بعدم الانفساخ ، ثم المالك يخاصم الغاصب بحق الملك ، وهل للمستأجر المخاصمة؟ فيه وجهان : الأصح[1] : لا ؛ لعدم ملك العين فأشبه المودع والمستعير والمرتهن ، وجزم الرافعي في (كتاب الحج) بأن للمودع أن يخاصم ، وجزم في آخر (الدعاوىٰ) بأن للمرتهن أن يخاصم .

كل هـٰذا إذا غصبه أجنبي ، فإن غصبه المالك فطريقان :

أحدهما : كغصب الأجنبي .

والثاني : تنفسخ قطعاً ، وإن كان الغاصب المستأجر ، ويتصور بأن يأخذ العين من الآجر من غير إذنه قبل إقباض الأجرة ، والحكم فيه استقرار الأجرة .

فرع :

أجر عيناً ثم أقر بها . . فالأصح قبوله في العين دون المنفعة .

والثاني : يقبل فيهما ويبطل حق المستأجر وحكي عن نصه في « عيون المسائل » .

والثالث : عكسه .

والرابع : إن كانت في يد المستأجر . . فلا تزال يده إلىٰ انقضاء المدة ، وإن كانت في يد المقر له . . لم تنزع .

قال : (**ولو أكرىٰ جمالاً**) أي : بعينها أو في الذمة وسلمها .

قال : (**وهرب وتركها عند المكتري . . راجع القاضي ليمونها من مال الجمال**) ، وكذلك مؤنة من يحفظها ويخدمها كما صرح به الماوردي .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً . . ٱقْتَرَضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَثِقَ بِٱلْمُكْتَرِي . . دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ ٱلنَّفَقَةِ ، وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي ٱلإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ . . جَازَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

قال : (**فإن لم يجد له مالاً . . اقترض عليه**) ؛ لأن ذلك الممكن ، ولأن الحاكم هو الناظر في أموال الغائبين وقد تعين ذلك طريقاً .

والاقتراض إما من بيت المال ، وإما من المكتري ، أو من غيره ، وهـٰذا إذا لم يتبرع المكتري بالإنفاق ، ويستوفي المكتري حقه من الجمال بمقتضى العقد .

واحترز بقوله : (تركها) عما لو أخذها معه ، فإن كانت إجارة عين . . فله الفسخ ، وإن كانت إجارة ذمة . . اكترى الحاكم عليه من ماله ، فإن لم يكن . . اقترض عليه ، فإن تعذر . . فله الفسخ .

قال : (**فإن وثق**) أي : القاضي (**بالمكتري . . دفعه إليه**) سواء اقترضه منه أم من غيره .

قال : (**وإلا**) أي : إن لم يثق به (. . **جعله عند ثقة**) لتعين ذلك طريقاً ، هـٰذا إذا لم يكن فيها فضل ، فإن كان . . بيع قبل القرض .

قال : (**وله**) أي : للقاضي (**أن يبيع منها قدر النفقة**) ؛ للاحتياج إلىٰ ذلك ، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة ؛ لأنه محل ضرورة ، قال الفوراني : ولا يجوز بيع جميعها خشية أن تؤكل أثمانها ، وضعفه مجلي .

قال : (**ولو أذن للمكتري في الإنفاق من ماله ليرجع . . جاز في الأظهر**) ؛ لأنه محل ضرورة كما لو استقرض منه ودفع إليه ، ولأن الحاكم قد لا يجد غيره .

والثاني : المنع ؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن يكون القول قوله فيما يستحقه علىٰ غيره ، بل يؤخذ المال منه ويدفع إلىٰ أمين .

فعلى الأول لو اختلفا في قدر ما أنفق . . فالصحيح أن القول قول المنفق إذا ادعىٰ نفقة معتادة .

وعلى الأظهر : لو قدر له نفقة معتادة . . لم يزد عليها ، فإن زاد . . كان متبرعاً بالزائد .

وَمَتَىٰ قَبَضَ ٱلْمُكْتَرِي ٱلدَّارَ أَوِ ٱلدَّابَّةَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ ٱلإِجَارَةِ . . ٱسْتَقَرَّتِ ٱلأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ، وَكَذَا لَوِ ٱكْتَرَىٰ دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ ٱلسَّيْرِ إِلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ ٱلْعَيْنِ أَوِ ٱلذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ ٱلدَّابَّةَ ٱلْمَوْصُوفَةَ . . . .

ولو أنفق المكتري بغير إذن الحاكم مع إمكانه . . لم يرجع ، وإن لم يكن حاكم فأنفق وأشهد وشرط الرجوع . . رجع على الأصح .

قال : (**ومتىٰ قبض المكتري الدار أو الدابة وأمسكها حتىٰ مضت مدة الإجارة . . استقرت الأجرة وإن لم ينتفع**) سواء كانت إجارة عين أم ذمة ؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يد متملكه فلزمه بدله كالمبيع إذا تلف في يد المشتري ، وهـٰذا لا خلاف فيه كما قاله الإصطخري في (أدب القضاء) .

وليس له الانتفاع بعد المدة ، فإن فعل . . لزمه أجرة المثل مع المسمىٰ .

وعبارة المصنف تفهم أنه لو عرضها عليه فامتنع ومضىٰ زمان يمكن فيه الاستيفاء . . أن الأجرة لا تتقرر وليس كذلك ، بل الحكم كذلك عندنا كما صرح به في « البحر » خلافاً لأبي حنيفة ، وحاول ابن الرفعة تخريج وجه فيما إذا وضع البائع المبيع بين يدي المشتري . . أنه لا يكون إقباضاً .

وسكت المصنف عما لو اكترىٰ حراً وسلمه نفسه ولم يستعمله حتىٰ مضت المدة ، والذي عليه الأكثرون استقرار الأجرة بذلك خلافاً للقفال .

قال : (**وكذا لو اكترىٰ دابة لركوب إلىٰ موضع وقبضها ومضت مدة إمكان السير إليه**) ؛ لتمكنه من الانتفاع ، وهـٰذه الصورة في الإجارة المقدرة بالعمل ، والتي قبلها في المقدرة بالمدة ، لـٰكن يرد عليها العرض كالتي قبلها .

قال : (**وسواء فيه إجارة العين أو الذمة إذا سلم الدابة الموصوفة**) لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكين .

وقوله : (فيه) أراد في المسألتين المتقدمتين المقدرة بمدة والمقدرة بعمل ؛ لأن كلاً منهما قد يقع على العين وقد يقع على الذمة والحكم فيهما سواء ، لـٰكن يستثنىٰ من

تسويته بينهما ما لو شردت الدابة من راكبها فإن نسب إلىٰ تفريط . . ضمنها ولم يرجع بالأجرة ، وإلا . . لم يضمنها .

قال الماوردي : ثم إن كانت الإجارة مقدرة بمدة ومضت والدابة شاردة . . بطلت سواء كانت معينة أو في الذمة ، وإن كانت مقدرة بمسافة . . لم تبطل الإجارة ؛ لبقاء المعقود عليه وإن تأخر قبضه ، وللراكب الخيار بين المقام والفسخ .

ويستثنىٰ من إطلاقه إذا كان الامتناع لعذر في الدابة كمرضها أو لخوف في الطريق . . فلا أجرة على المستأجر ؛ لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره فافترقت إجارة العين والذمة في ذلك .

وقوله : (إذا سلم) متعلق بالذمة فقط .

قال : (**وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل بما يستقر به المسمىٰ في الصحيحة**) سواء انتفع أم لا ، وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمىٰ أو أكثر ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ، لـٰكن يرد علىٰ إطلاقه التخلية ؛ فإنها كالقبض في الصحيحة دون الفاسدة ، بل لا يترتب الضمان فيها إلا بدخول الدار والقبض الحقيقي ، وكذلك لو وضع بين يديه يكفي في الصحيحة دون الفاسدة .

ويستثنىٰ من إيجاب أجرة المثل في الفاسدة : إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار علىٰ سكنى الحجاز فسكنوا ومضت المدة . . فإنه يجب المسمىٰ لتعذر إيجاب عوض المثل ، فإن منفعة دار الإسلام في سنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها فتعين إيجاب المسمىٰ ، كذا قاله العبادي والهروي وشريح الروياني وغيرهم[١] .

وكذا لو استأجر الإمام العامل بأكثر من أجرة المثل فهل تجب أجرة المثل لفساد الإجارة ، أو المسمىٰ والزيادة على الإمام في ماله؟ وجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » في (قسم الصدقات) : الأول .

واحترز بـ(الفاسدة) عن الباطلة كما لو استأجر صبي بالغاً فعمل عملاً . . فإنه لا يستحق شيئاً ؛ لأنه الذي فوت علىٰ نفسه عمله ، وتكون الإجارة باطلة لا فاسدة ،

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أَكْرَىٰ عَيْناً مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّىٰ مَضَتِ . . ٱنْفَسَخَتْ ، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ ٱلسَّيْرِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ .

وكل عقد باطل يسقط فيه المسمىٰ إلا مسألة واحدة وهي : إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار علىٰ سكنى الحجاز ، وستأتي في بابها .

قال : (**ولو أكرىٰ عيناً مدة ولم يسلمها حتىٰ مضت . . انفسخت**) ؛ لفوات المعقود عليه قبل قبضه ، وسواء أمسكها لاستيفاء الأجرة أم لغيره .

وقوله : (مضت) ليس بقيد ، بل لو مضىٰ بعضها . . انفسخ فيه ، وفي الباقي الخلاف في تلف بعض المبيع قبل القبض ، فإن قلنا : لا تنفسخ . . فللمستأجر الخيار ولا يبدل زمان بزمان .

تنبيه :

أفهمت عبارة المصنف : أنه لا يجب على المستأجر تسليم العين التي استأجره فيها ، وقال الرافعي في الكلام علىٰ ما إذا استأجره لخياطة ثوب : قال الإمام : المتجه أنه لا يجب عليه ذلك[1] ، لـٰكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الأجير نفسه .

قال ابن الرفعة : وهو ظاهر إذا قلنا : تستقر الأجرة بالتمكين ومضي المدة ، وإلا . . فلا[2] .

وذكر الرافعي في (المساقاة) : أن من استأجر قصاراً لقصارة ثوب بعينه . . يكلف تسليمه إليه[3] ، وذكر في (باب المبيع قبل القبض) أن من استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً وسلمه إليه . . ليس له أن يبيعه ما لم يصبغه[4] .

قال : (**ولو لم يقدر مدة وأجر لركوب إلىٰ موضع ولم يسلمها حتىٰ مضت مدة السير . . فالأصح : أنها لا تنفسخ**) ؛ لأنها متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ولم يتعذر استيفاؤها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ تَنْفَسِخُ ٱلإِجَارَةُ ، وَأَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلْعَبْدِ ، . . . .

والثاني : تنفسخ واختاره الإمام كما لو حبسها المكتري . . فعلى الأصح : لا خيار للمكتري ، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع ثم سلمه ، وفي « الوسيط » : يخير لتأخر حقه .

وقال ابن الرفعة : إنه الأوجه ، وبه أجاب الماوردي ؛ لأن الإجارة لا تراد للدوام فيفوت غرضه بالتأخير بخلاف الملك .

واحترز بـ(العين) عن إجارة الذمة إذا لم يسلم ما تستوفىٰ منه المنفعة حتىٰ مضت مدة يمكن استيفاؤها . . فلا فسخ ، ولا انفساخ قطعاً ؛ لأنه دين تأخر وفاؤه .

قال : (**ولو أجر عبده ثم أعتقه . . فالأصح : أنه لا تنفسخ الإجارة**) ؛ لأنه أجر ملكه ثم طرأ ما يزيله فأشبه موته بعد الإجارة .

والثاني : تنفسخ كموت البطن الأول وضعفه الإمام ، لا جرم عبر عنه في « الروضة » بالصحيح ؛ لأن العتق لم يصادف إلا الرقبة مسلوبة المنافع ، لا سيما إذا قلنا بالأصح وهو : أن المنفعة إنما تحدث علىٰ ملك المستأجر . . فيبطل إلحاقه بموت البطن الأول .

والذي ذكره المصنف محله في العتق المنجز ، أما المعلق بصفة إذا أجره ، فإن وجدت الصفة . . عتق العبد وانفسخت الإجارة ، خلافاً لما اقتضاه كلام الرافعي في (باب الوقف) .

ولو أجره ثم كاتبه . . لم تصح الكتابة كما جزم به المصنف في بابها وفي معنى العتق الوقف . . فيصح وقف المستأجر على المذهب كما صرح به في « الروضة » في بابه ، ولا يرجع الموقوف عليه بشيء من الأجرة قولاً واحداً كما صرح به الماوردي ؛ لأن الوقف مقصور علىٰ شرط واقفه .

قال : (**وأنه لا خيار للعبد**) أي : في فسخ الإجارة بعد العتق ؛ لأن سيده تصرف في خالص ملكه فلا وجه للاعتراض عليه .

وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ ٱلْعِتْقِ . . . .

والثاني : له الخيار كما لو عتقت الأمة المزوجة برقيق ، ومحل الوجهين إذا قلنا : لا تنفسخ .

قال : (**والأظهر : أنه لا يرجع علىٰ سيده بأجرة ما بعد العتق**) ؛ لأنه تصرف في منافعه حال ملكه فأشبه ما إذا زوج أمته واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها . . لا ترجع عليه بشيء ، وهـٰذا هو الجديد .

والثاني : يرجع بأجرة مثل تلك المدة الباقية ؛ لأن المنافع تستوفىٰ منه قهراً فصار كما لو أكرهه سيده على العمل ، ومنهم من حكاهما وجهين ، وكما لا يرجع عليه بالأجرة . . لا يطالبه بنفقة هـٰذه المدة على الأصح ، بل نفقته في بيت المال ، وقيل : علىٰ سيده .

وعلىٰ هـٰذا فقيل : تجب بالغة ما بلغت ، والأصح عند المصنف : الأقل منها ومن أجرة المثل .

وكما لا تنفسخ الإجارة بطروء الحرية لا تنفسخ بطروء الرق ، فلو استأجر مسلم حربياً فاسترق ، أو استأجر داراً في دار الحرب ثم ملكها المسلمون . . لم تنفسخ الإجارة قطعاً .

وقيل على الخلاف في الزوجة إذا سبيت ، هل ينفسخ نكاحها؟ كذا قاله الشيخان في (باب السير) .

فرع :

أجره ثم أعتقه ثم ظهر به عيب وفسخت الإجارة بعد العتق . . فالمنافع للعبد على الأصح ، وقيل : للسيد .

ولو أجر أم ولده ومات في المدة . . عتقت ، وفي بطلان الإجارة ما قيل في إيجار البطن الأول قاله الرافعي ، ومقتضاه تصحيح الانفساخ ، وسيأتي في (الوقف) في موت المستولدة الموقوفة ما يخالفه في تعليل المتولي .

وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي ، وَلاَ تَنْفَسِخُ ٱلإِجَارَةُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ويصح بيع المستأجرة للمكتري**) ؛ لأنها في يده من غير حائل فأشبه بيع المغصوب من الغاصب ، ولأن الإجارة قد وردت على المنافع فلا يمنع بيع الرقبة كبيع الأمة المزوجة ، وهـٰذا متفق عليه .

وقال في « الوسيط » : الظاهر الصحة ، فأشعر بخلاف صرح به تلميذه محمد بن يحيىٰ في « شرح الوسيط » ، وأبو الخير سلامة بن جماعة المقدسي ، وابن يونس في « شرح التعجيز » .

وشرط جواز بيع المستأجر أن يعلم المشتري مقدار مدة الإجارة ، فإن جهلها . . لم يصح .

فإن قيل : في صحة بيع العين المستأجرة من المستأجر إشكال ؛ فإنه يصير كالمبيع المستثنى المنافع ، فصار كما لو باعه الدار بشرط أن لا يسكنها شهراً . . فالجواب : أن هـٰذا مستثنىً شرعاً كما لو باع أمة حاملاً بحر علىٰ رأي ، بخلاف ما لو باع حاملاً واستثنىٰ حملها .

فإن قيل : المشتري لا يبيع المبيع من البائع ولا من غيره فلمّا استوى البائع وغيره . . ينبغي أن يستوي المستأجر وغيره . . فالجواب : أن المانع من بيع المبيع عدم دخوله في ضمان المشتري ولا فرق فيه بين البائع والأجنبي ، والمانع من بيع المستأجر حيلولة اليد وذلك غير موجود في المبيع من المستأجر .

قال : (**ولا تنفسخ الإجارة في الأصح**) ؛ لأن الملك لا ينافيها ، ولهـٰذا يستأجر ملكه من مستأجره .

والثاني : أنها تنفسخ وهو قول ابن الحداد ؛ لأنه إذا ملك الرقبة . . حدثت المنافع علىٰ ملكه ، والإجارة والملك لا يجتمعان كما لو اشترىٰ زوجته فعلى الأصح : يستوفي المنفعة بحكم الإجارة ، حتىٰ لو رد المبيع بعيب . . فله استيفاء بقية المدة .

ولو فسخ الإجارة بعيب أو تلفت العين . . رجع عليه بأجرة باقي المدة ، وعلى الثاني : يسترد حصة ما بقي من الأجرة .

وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ . . جَازَ فِي ٱلأَظْهَرِ وَلاَ تَنْفَسِخُ . . . .

قال : (**ولو باعها لغيره . . جاز في الأظهر**) سواء أذن المستأجر أم لا ؛ لأن استثناء المنفعة فيه شرعي لا حسي ، ولأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة .

والثاني : المنع ؛ لأن يد المستأجر مانعة من التسليم بحق فكانت أولىٰ من يد الغاصب بالمنع .

وقال أبو حنيفة : ينعقد موقوفاً إن أجازه المستأجر . . نفذ ، وإلا . . فلا .

وتستثنىٰ من جريان الخلاف مسائل :

منها : إذا هرب الجمال وترك الجمال كما تقدم .

ومنها : إذا قال : أعتق عبدك عني علىٰ كذا فأعتقه عنه وهو مستأجر . . فإنه يصح قطعاً ؛ لقوة العتق كما أفتىٰ به القفال وارتضاه ابن الرفعة .

قال : (**ولا تنفسخ**) كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة وتترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً ، وإن كان عالماً . . فلا فسخ ولا أجرة لتلك المدة ، والقولان في صحة بيع المستأجر يجريان في هبته من غيره ، وفي رهنه طريقان :

إحداهما : طرد القولين .

والثانية : القطع بالبطلان ، وتجوز الوصية به ووقفه .

تتمة :

أجر عيناً ثم باعها لغير المستأجر ، ثم انفسخت الإجارة في المدة بما اقتضى الفسخ ، فأجرة بقية المدة للبائع أو المشتري؟ فيه وجهان :

جواب ابن الحداد أنها للمشتري .

وقال أبو زيد : إنها للبائع[1] ، وبناهما المتولي علىٰ أن الفسخ إن رفع العقد من

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

حينه . . فتكون للبائع ، أو من أصله . . فللمشتري .

ولو تقايلا الإجارة ، فإن قلنا : الإقالة عقد . . عادت المنافع إلى البائع ، وإن قلنا : فسخ . . فالصحيح أنها تعود إليه أيضاً ؛ لأنها ترفع العقد من حينه قطعاً ، وأفتى الشيخ بعودها إلى المشتري وفاقاً لابن الحداد وبه قضىٰ بدمشق .

ونظير المسألة : إذا أوصىٰ بعبد لإنسان وبمنفعته لآخر فقبل الموصىٰ له بالرقبة الوصية وردها الآخر ، فمنفعته هل تعود إلى الموصىٰ له بالرقبة أو إلى الوارث؟ فيه وجهان ، قال ابن الرفعة : الذي يظهر : الجزم بأنها للورثة لإخراجها عن التبعية بالوصية لغير الموصىٰ له بالرقبة[١] .

* * *

خاتمة

استأجر رجلاً يعمل له مدة . . كان زمن الطهارة وصلاة الفرض والراتب مستثنىً ، ولا ينقص من الأجرة شيء ، ولا فرق بين صلاة الجمعة وغيرها .

وقال ابن سريج : يجوز له ترك الجمعة بهـٰذا السبب[٢] .

والسبوت في استئجاره اليهودي تقع مستثناة إذا اطرد عرفهم بذلك ، كذا قاله الغزالي[٣] .

وقال أبو بكر الشامي[٤] : لا تستثنىٰ ويلزم بالعمل فيها ؛ لأن العبرة بشرعنا لا بما اعتقدوه .

فإن أسلم اليهودي . . ألزم بعمل يوم السبت ؛ لأن الإجارة اشتملت علىٰ جميع المدة ، وإنما امتنع الاستثناء لأمر عرفي مشروط باليهودية وقد زال ذلك بالإسلام ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في (ت) : (الشاشي) .

. . . .

وتستثنىٰ له بعد الإسلام أوقات الصلوات ، كما لو استأجر امرأة فحاضت . . فأوقات الصلاة في زمن الحيض خرجت عن الاستثناء ، ولا ينظر في ذلك إلىٰ حال العقد ، بل إلىٰ حال الاستثناء .

وقال القاضي أبو الطيب : لا يجوز أن يشترط على المكتري سلفاً ، فإن شرط ذلك . . أبطل العقد .

قال الشيخ : وأما عكس ذلك إذا شرط المكري على المكتري قرضاً ليزيد في الأجرة . . فهو أيضاً حرام ؛ لأنه قرض جر منفعة ، وهو الذي يسمونه التقوية .

وقال في « الإحياء » : الأسواق التي بناها السلاطين بالأموال الحرام يحرم سكناها والتجارة فيها[١] .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : أنه سئل عن ناظر في ملك أجره سنة بأجرة شهد الشهود أنها أجرة المثل يومئذ ، ثم طرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل علىٰ ذلك . . فأجاب بأنه يتبين بطلان الإجارة والشهادة ؛ فإن تقويم المنافع في مدة مستقبلة إنما تصح إذا استمرت الحال الموجودة ، فأما إذا تغيرت . . فإنا نتبين أن التقويم لم يطابق ، بخلاف تقويم الأعيان ، ثم أفتىٰ في (كتاب الوقف) بعدم البطلان[٢] .

وأفتى الغزالي بأنه إذا جعل متاعاً في مسجد وأغلقه . . لزمه أجرة مثله .

قال المصنف : لا حاجة إلىٰ تقييده بالإغلاق ، فلو لم يغلقه . . ينبغي أن تجب عليه أجرته[٣] .

وحكى الغزالي وجهاً أن الأجرة لا تجب ، فإن قلنا : تجب . . صرفت في مصالح المسلمين ، وقال المصنف : تصرف في مصالح المسجد[٤] ، ولو شغل جانباً منه . . وجبت أجرة ما شغل ، ولو اقتصر علىٰ غلقه ومنع الصلاة فيه . . فلا أجرة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وفيها : إذا توجه الحبس على الأجير ، إن أمكنه العمل في الحبس . . جمع بينهما ، وإن تعذر ، فإن كانت الإجارة على العين . . قدم حق المستأجر كما يقدم المرتهن[1] ، وأطلق البغوي في « فتاويه » القول بأنه يحبس وإن تعطل حق المستأجر .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : لو استأجر رجلاً يقعد مكانه في الحبس مدة . . صح واستحق الأجرة[2] ؛ لأن المنافع كالأعيان وهـٰذا استدعاء لإتلاف منافعه بعوض لغرض صحيح كما لو قال : ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه ، أو طلق زوجتك وعليّ ألف ، وفيما قاله نظر ؛ لأن الحبس عقوبة معلقة ببدن المحبوس فلا تتأتىٰ فيه النيابة .

وفي « فتاوى البغوي » : استأجره ليرعىٰ بقرة شهراً أو سنة علىٰ أن يكون نتاجها للأجير ، فرعاها ونتجت ثم سرقت وولدها . . يضمن الولد دون الأم ؛ لأنه في يده بالبيع الفاسد ، وهي بالإجارة الفاسدة[3] .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لفتوى البغوي هـٰذه بالصحة ، وفي هامشها أيضاً : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

كتاب إحياء الموات

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

كِتَابُ إِحْيَاءِ ٱلْمَوَاتِ

ٱلأَرْضُ ٱلَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ ٱلإِسْلَامِ . . فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِٱلإِحْيَاءِ ، . . . .

كتاب إحياء الموات

(الموات) بفتح الميم والواو : فعال من الموت ، ومنه : بلد ميت ، والأرض الميتة : التي تعطلت عن النبات .

والموات في الاصطلاح : الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد ، وافتتح ابن خيران الباب بقوله تعالىٰ : ﴿ وَفِي ٱلْأَرْضِ قِطَعٌ مُّتَجَٰوِرَٰتٌ ﴾ وفي « المحرر » بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة . . فهي له » وهو في « الترمذي » [١٣٧٨] و« أبي داوود » [٣٠٦٨] و« النسائي » [سك ٥٧٣٠] من رواية سعيد بن زيد بإسناد حسن .

والإجماع منعقد علىٰ جوازه في الجملة .

وقال في « المهذب » : إن الإحياء مستحب[1] ، ووافقه المصنف عليه ؛ لما روى ابن حبان [٥٢٠٥] والنسائي [٥٧٢٤] عن جابر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضاً ميتة . . له فيها أجر ، وما أكلت العوافي منها . . فهو له صدقة » .

و(العوافي) : طلاب الرزق من طير أو وحش أو غيرهما .

و(الموات) عندنا : ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر قرب من العامر أو بعد ، وهو طارىء وأصلي ، فالطارىء : ما خرب بعد عمارته ، والأصلي : ما لم يعمر قط .

قال : (**الأرض التي لم تعمر قط إن كانت ببلاد الإسلام . . فللمسلم تملكها بالإحياء**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، فمن

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

أحيا شيئاً من موات الأرض. . فهو له » رواه أبو داوود [٣٠٧١] والطيالسي [١٤٤٠] من رواية عائشة .

وسواء أذن الإمام في ذلك أم لا ، لكن يستحب استئذانه خروجاً من الخلاف .

وقال الجوري : كان موات الأرض ملكاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم رده على أمته .

واشترط أبو حنيفة إذن الإمام ، وبه قال مالك في القريب من العمران ، وخالفهما أبو يوسف ومحمد ـ وهو الحق ـ اكتفاءً بإذن إمام الأئمة شفيع الأمة ، فقد أذن صلى الله عليه وسلم وإذنه عام ؛ لأنه إذن عن الله تعالى فهو نافذ على جميع الخلق إلى يوم القيامة ، ولو كان إذناً لأهل عصره. . لعين المأذون له فيه والبقعة ؛ لأن عند أبي حنيفة أن الإمام إنما يأذن في معين ، فأما أن يأذن لأهل عصره في جميع الموات. . فلا ، وهذا ما لم يتعلق به حق ، فلو حمى الإمام قطعة من الموات فجاء شخص وأحياها. . لا يملكها إلا بإذن الإمام على الأصح ؛ لما فيه من الاعتراض على الأئمة .

ثم لا يشترط في عدم العمارة التحقق ، بل تكفي غلبة الظن بأن لا يرى أثرها ولا ما يدل عليها من أصول شجر ونهر وجدار .

وتعبيره بـ(التملك) يفهم اشتراط التكليف ؛ لأن الصبي والمجنون يملكان ولا يتملكان ، والمذهب أنه يستوي في التملك بالإحياء البالغ والصبي والعاقل والمجنون .

ودخل في إطلاق المصنف سواد العراق ؛ فإن وقف عمر مختص بعامره .

وحكي عن أحمد أنه قال : ليس في السواد موات ، فقيل : أراد العامر ، وقيل : لأن السواد كله كان معموراً حين أخذه المسلمون .

والملك في اللغة : القوة ، وفي الشرع : ليس أمراً حقيقياً قائماً بالمملوك ، إنما هو أمر مقدر فيه ، وهو : إباحة الانتفاع بالمملوك والتصرف فيه .

و(قط) معناها الزمان الماضي ، والمشهور فيها فتح القاف وضم الطاء المشددة ، ومنهم من يضم القاف ، ومنهم من يخفف فيها .

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ ، وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ ٱلْكُفَّارِ . . فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا ، وَكَذَا لِمُسْلِمٍ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لاَ يَذُبُّونَ ٱلْمُسْلِمِينَ عَنْهَا . . . .

قال : (**وليس هو لذمي**) فلا يحيي في بلاد الإسلام لا بإذن الإمام ولا بغير إذنه ، وإن أذن له . . لم يصح إذنه ، ولو أحيا . . لم يملكه ؛ لأنه استعلاء وليس له أن يستعلي في دار الإسلام .

واحتج بعض الأصحاب بقوله صلى الله عليه وسلم : « عادي الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم مني » رواه الشافعي [أم ٤/٤٥] وسعيد بن منصور في « سننه » ، والبيهقي [٦/١٤٣] عن طاووس مرسلاً ، وأما ما زاده البغوي والرافعي من قوله : أيها المسلمون . . فلا يعرف .

والعادي : نسبة إلىٰ عاد وثمود ومن بعدهم من الأمم ، وكل قديم ينسبونه إلىٰ عاد وإن لم يدركهم .

وخالف الأئمة الثلاثة وأبو طاهر الزيادي فقالوا : يجوز بإذن الإمام ؛ لأنه موضع اجتهاد .

وعلم من امتناع الذمي منع الحربي والمعاهد من باب أولىٰ .

أما الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد . . فجائز للذمي والمستأمن في دار الإسلام ، وليس ذلك للحربي .

وللذمي نقل التراب من موات دار الإسلام إذا لم يتضرر به المسلمون ويملكه ، والفرق بينه وبين إحيائه الأرض : أن الإحياء يصير به مالكاً لأصل دار الإسلام وبنقل التراب لا يصير .

قال : (**وإن كانت ببلاد الكفار . . فلهم إحياؤها**) ؛ لأنه من حقوق دارهم ، وليس فيه ضرر على المسلمين .

قال : (**وكذا لمسلم إن كانت مما لا يذبون المسلمين عنها**) أي : يدفعونهم ؛ لأنها كموات دار الإسلام ، فإن ذبوهم عنها . . لم يملكها المسلم بالإحياء كالمعمور من بلادهم .

وقال الإمام والغزالي وأبو الطيب : يملك المسلم بذلك ، واختاره الشيخ ، ويظهر

وَمَا كَانَ مَعْمُوراً . . فَلِمَالِكِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَٱلْعِمَارَةُ إِسْلاَمِيَّةٌ . . فَمَالٌ ضَائِعٌ ، فَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُمْلَكُ بِٱلإِحْيَاءِ . . . .

أن محل ذلك في أرض صولحوا علىٰ أنها لهم ، أو في أرض الهدنة[1] ، وإلا . . فدار الحرب معمورها يملك بالاستيلاء ، ومواتها بالاستيلاء يصير كالمتحجر فكيف لا يملك بالإحياء؟

قال : (**وما كان معموراً . . فلمالكه**) سواء كان في بلاد الإسلام أو الكفر ؛ لأن الإحياء لإحداث الملك وهي مملوكة .

وعبارة المصنف تشمل ما كان معموراً في الحال وما كان معموراً في الزمن السالف ثم اندرس[2] ، واستثنىٰ في « الكفاية » منها ـ تبعاً للماوردي ـ ما أعرض عنه الكفار قبل القدرة فيملك بالإحياء[3] .

قال : (**فإن لم يعرف**) أي : المالك (**والعمارة إسلامية . . فمال ضائع**)[4] ؛ لأنه لمسلم أو ذمي ، وأمره إلىٰ رأي الإمام فيحفظها لمالكها أو يبيعها ويحفظ ثمنها ، أو يقترضه لبيت المال .

وعبارة « الروضة » : حكمه حكم المال الضائع ، وظاهره : أنه لا يجوز للإمام إقطاعه ؛ فإن المال الضائع لا يقطع ، لـٰكن في « الكفاية » : الأصح في « البحر » : جواز إقطاعه[5] ، وفيها وفي « الحاوي » وجهان .

قال : (**فإن كانت جاهلية . . فالأظهر : أنه يملك بالإحياء**) كالركاز .

والثاني : المنع ؛ لأنه ليس بموات .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (والذي ينبغي أن يكون الصحيح : أن يملك بالإحياء ، كما قال به جماعة منهم القاضي أبو الطيب والجرجاني) ورمز لقوله : (واستثنىٰ في «الكفاية» . . .) بالصحة .

(٤) في هامش (ك) : (ولو لم يعلم أنها إسلامية أو جاهلية . . فظاهر لفظه يدل علىٰ أنها لا يدخلها الإحياء ، وظني أنه كذلك ، ولـٰكن لم أر صريح نقل فيه قاله الكوهكيلوني) .

(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُمْلَكُ بِٱلإِحْيَاءِ حَرِيمُ ٱلْمَعْمُورِ ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ ٱلْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ ٱلاِنْتِفَاعِ . فَحَرِيمُ ٱلْقَرْيَةِ : ....

وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه : إنه المذهب ، وتابعه ابن الرفعة ، ولعلهم يجعلونه فيئاً ، وأما الرافعي والمصنف . . فتابعا البغوي وعمما الخلاف ، وحكىٰ جماعة الخلاف وجهين وهو الأقرب .

قال : (**ولا يملك بالإحياء حريم المعمور**) ؛ لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، وهل يملكه صاحب العمارة؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الملك بالإحياء ولم يحيها .

وأصحهما : نعم كما يملك عرصة الدار تبعاً للدار .

قال : (**وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع**) كالطريق ومسيل الماء ونحوهما ، ويختلف ذلك باختلاف الأمكنة والأبنية ؛ لأن مالك المعمور يستحق الانتفاع بحريمه .

وسمي حريماً ؛ لأنه حرم علىٰ غير من له اختصاص به أن ينتفع به ، وحرم منع صاحبه منه ، وهل يملك الحريم؟ وجهان : الأصح : نعم كما يملك عرصة الدار ، لـٰكن لا يملك بيعه منفرداً .

ولا يمنع من الإحياء ما وراء الحريم قرب أم بعد ؛ لما روى الدارقطني وابن سعد [٣/١٥٢] وغيرهما : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ابن مسعود الدور لما قدم المدينة) وهي بين ظهراني عمارة الأنصار من المنازل والنخل .

روى البيهقي [٦/١٤٥] والشافعي مرسلاً [شم ١/٣٨١] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الدور) فيقال : إن الدور اسم موضع ، ويقال : أقطع تلك البقعة لتتخذ دوراً .

قال : (**فحريم القرية : النادي**) وهو مجتمع القوم للحديث ، ولا يسمى المجلس نادياً إلا والقوم فيه ، ويقال لأهل المجلس أيضاً : النادي ، ولهـٰذا عبر في « الشرحين » و« الروضة » و« المحرر » بـ(مجتمع النادي) وما أحسن ما أنشد بعض الشعراء لما أتي بجمال الدين الأصفهاني الجواد من بلاده ميتاً إلىٰ مدينة النبي صلى الله عليه وسلم وصلي عليه بالحجرة الشريفة [من الطويل] :

ٱلنَّادِي ، وَمُرْتَكَضُ ٱلْخَيْلِ ، وَمُنَاخُ ٱلإِبِلِ ، وَمَطْرَحُ ٱلرَّمَادِ وَنَحْوُهَا ، وَحَرِيمُ ٱلْبِئْرِ فِي ٱلْمَوَاتِ : مَوْقِفُ ٱلنَّازِحِ ، وَٱلْحَوْضُ وَٱلدُّولاَبُ ، وَمُجْتَمَعُ ٱلْمَاءِ ، وَمُتَرَدَّدُ ٱلدَّابَّةِ ، . . . .

سرىٰ نعشه فوق الرقاب وطالما ... سرىٰ جوده فوق الركاب ونائله
يمر على الوادي فتثني رماله ... عليه وبالنادي فتبكي أرامله

قال : (**ومرتكض الخيل**) وهو مكان سوقها ، وقيده ابن الرفعة والقمولي تبعاً للإمام بما إذا كانوا خيالة(١) .

قال : (**ومناخ الإبل**) وهو بضم الميم كما ضبطه المصنف بخطه : الموضع الذي تناخ فيه .

قال : (**ومطرح الرماد ونحوها**) كالسماد والقمامات ومراح الغنم وملعب الصبيان وسائر ما يعد من المرافق عرفاً ، وأما مرعى البهائم . . فقال الإمام : إن بعد . . لم يكن حريماً ، وأما القريب المستقل . . فينبغي أن يقطع بأنه حريم(٢) ، وقال البغوي : المرعىٰ : حريم قطعاً ، واختاره الشيخ .

قال : (**وحريم البئر في الموات : موقف النازح**) وهو القائم عليها للاستقاء بيده ، واحترز بذلك عن المحفورة في ملكه ، والمعتبر في ذلك العرف .

واعتبر قوم قدر عمقها فإن كان عشرة أذرع . . فحريمها عشرة أذرع ، وإن كان ألف ذراع . . فألف ذراع من كل جانب .

قال : (**والحوض ، والدولاب ، ومجتمع الماء ، ومتردد الدابة**) لتوقف الانتفاع بالبئر علىٰ هـٰذه الأشياء ، وأهمل المصنف سادساً ـ ذكره الرافعي ـ وهو : الموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من الحوض .

---

(١) في هامش (ك) : (قلت : وقد يقال : ولو لم يكونوا خيالة ، فقد يسكن القرية بعدهم من له خيل ، أو تتجدد لهم الخيل ، فيكون المرتكض من حريم القرية ، ولو لم يكن لأهله ما يُركضونه ، والله أعلم) ورمز له بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَحَرِيمُ ٱلدَّارِ فِي ٱلْمَوَاتِ : مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٍ وَثَلْجٍ ، وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ ٱلْبَابِ ، وَحَرِيمُ آبَارِ ٱلْقَنَاةِ : مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ ٱلِانْهِيَارُ . . . .

فإن قيل : الحوض ومجتمع الماء واحد فكيف غاير المصنف بينهما . . فالجواب أن الماء قد يجتمع في حوض وفي غيره .

ومراده بـ(الدولاب) موضعه .

وما أطلقه في موضع الدولاب و(متردد البهيمة) مقيد بما إذا كان الاستقاء بهما ، وكان ذلك فيما المقصود منه السقي ، أما ما يتخذ للشرب فقط . . فالمعتبر فيه موضع وقوف المستقي .

و(الدولاب) فارسي معرب ، قال ابن سيده : هو علىٰ شكل الناعورة ، وضم داله أشهر من فتحها ، ولم يحك في « العباب » سوى الفتح .

قال : (**وحريم الدار في الموات : مطرح رماد وكناسة وثلج ، وممر في صوب الباب**) أي : جهته ؛ لأن العرف قاض بذلك وقوله (ممر) مرفوع .

ومراده بـ(صوب الباب) : جهته ، وليس المراد امتداده طويلاً قبالته ، بل يجوز لغيره إحياء ما قبالته ، إذا بقي له ممر وإن احتاج إلى انعطاف وازورار .

ونص الشافعي والأكثرون علىٰ أن من حريم الدار فناءها ، وجعل الغزالي من الحريم مصب ماء الميزاب .

قال : (**وحريم آبار القناة : ما لو حفر فيه نقص ماؤها أو خيف الانهيار**) أي : السقوط ، ويختلف ذلك باختلاف رخاوة الأرض وصلابتها ، ولا يحتاج إلىٰ موقف نازح ولا شيء مما تقدم في بئر الاستقاء ، وفي وجه : حريمها حريم البئر التي يستقىٰ منها وإليه ذهب العراقيون وأبو حامد وأصحابه ، وقال الماوردي : إنه مذهب الشافعي وأبي حنيفة خلافاً لمالك ، وما جعله المصنف حريماً هو بالنسبة إلىٰ حفر الآبار لا مطلقاً ؛ فإنه يجوز لغيره أن يبني في الحريم المذكور .

ومحل ما ذكره في البئر المحياة ، أما المملوكة . . فلا يمنع من حفرها وإن نقص غيرها .

وَٱلدَّارُ ٱلْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لاَ حَرِيمَ لَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى ٱلْعَادَةِ ، فَإِنْ تَعَدَّىٰ . . ضَمِنَ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ ٱلْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّاماً وَإِصْطَبْلاً ، وَحَانُوتَهُ فِي ٱلْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إِذَا ٱحْتَاطَ وَأَحْكَمَ ٱلْجُدْرَانَ . . . .

وضبط المصنف (أبآر) بالهمز على الأصل ، ويجوز ترك الهمز على الإبدال أيضاً ، وجمع البئر قلة كذلك ، وعلى الكثرة بئار .

قال : (**والدار المحفوفة بدور لا حريم لها**) ؛ إذ لا أولوية لبعضها علىٰ بعض .

وقوله : (المحفوفة) ليس بقيد ، بل غير المحفوفة كذلك إذا كانت في طريق نافذ ؛ لأنه لعامة المسلمين ، بخلاف ما لو كانت في غير نافذ ، قاله الرافعي في (باب الأصول والثمار)[1] .

قال : (**ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة**) ولو أدىٰ إلىٰ ضرر جاره أو أدىٰ إلىٰ تلف كما إذا حفر بئراً في داره فتلف بها بئر جاره ، ولو عمل بئر حش أو بالوعة . . جاز خلافاً للقفال .

قال : (**فإن تعدىٰ . . ضمن**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »[2] .

قال : (**والأصح : أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً وإصطبلاً ، وحانوته في البزازين حانوت حداد إذا احتاط وأحكم الجدران**) ؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه فلا يعترض عليه ، فلو عمل ملكه مخبزة أو مدبغة . . فأولىٰ بالجواز ؛ لأن التأذي إنما هو بالرائحة والدخان .

وحاصله : منع ما يضر الملك دون المالك ، فإن فعل ما الغالب منه ظهور الخلل في جدار جاره . . فالأصح المنع كما إذا دق في داره دقاً عنيفاً يزعج الأبنية ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر النداوة إلىٰ جدار جاره .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) أخرجه الحاكم (٢/٥٨) ، ومالك (٢/٧٤٥) ، وابن ماجه (٢٣٤٠) ، وغيرهم .

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ ٱلْحَرَمِ دُونَ عَرَفَاتٍ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

والوجه الثاني في أصل المسألة : عدم الجواز ؛ لما فيه من الضرر ، واختار الروياني في الجميع أن الحاكم يجتهد ويمنع ما يظهر فيه قصد التعنت ، ومنه إطالة البناء ومنع الشمس والقمر ، وأعلى الجدار كأسفله .

واختار ابن الصباغ وابن الصلاح وابن رزين والفارقي أنه يمنع من كل مؤذ لم تجر العادة به مطلقاً ، وهو مذهب أحمد .

وقال في « البحر » : لو كان دق القصار يمنع ثبوت الحمام في البرج . . لم يمنع .

و(الحانوت) يذكر ويؤنث وهو : الدكان ، وجمع في « الوجيز » بينهما ، والصواب حذف أحدهما ، وهل نونه أصلية أو زائدة؟ قولان .

قال : (**ويجوز إحياء موات الحرم**) كما يجوز تملك معموره بالبيع والهبة ، ومن يقول : لا تباع دور مكة . . ينبغي أن يقول : لا يحيىٰ مواتها ، ومن يقول : إنها فتحت عنوة أو صلحاً . . يأتي فيه ما تقدم .

واختار الشيخ في كل موات أنه يجوز لكل مسلم إحياؤه لعموم إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبالجملة موات مكة لا يكره إحياؤه وإن كره بيع دورها ؛ لأن عمارتها مطلوبة .

قال : (**دون عرفات في الأصح**) ؛ لتعلق حق الوقوف بها للخاصة والعامة ، فكانت كالمساجد والطرق .

والثاني : يجوز مطلقاً وإن ضيق ، ويبقىٰ حق الوقوف في الدور ، ويكون التملك بالإحياء كبيع الدار المستأجرة .

والوجه الثالث : إن ضيق . . امتنع ، وإلا . . فلا وهو الراجح في « الوجيز » ، ونسبه الإمام إلى القياسين .

وموضع الخلاف في إحياء بعضها كما فرضه الإمام ، واقتضىٰ كلامه امتناع إحياء الجميع بالاتفاق .

ولو قال المصنف : ولا يجوز في عرفات في الأصح . . كان أحسن ؛ لئلا يتوهم

قُلْتُ : وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنَىً كَعَرَفَاتٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَخْتَلِفُ ٱلإِحْيَاءُ بِحَسَبِ ٱلْغَرَضِ ؛ فَإِنْ أَرَادَ : مَسْكَناً . ٱشْتُرِطَ تَحْوِيطُ ٱلْبُقْعَةِ وَسَقْفُ بَعْضِهَا وَتَعْلِيقُ بَابٍ ، وَفِي ٱلْبَابِ وَجْهٌ . . . .

أن عرفات مستثناة من الحرم وأن الخلاف فيهما ، وعرفات من الحل قطعاً والخلاف مختص بها .

قال : (**قلت : ومزدلفة ومنى كعرفات والله أعلم**) فلا تحيىٰ أرضها للمعنى المذكور ولما روى الحاكم [١/٤٦٦] وأبو داوود [٢٠١٢] والترمذي [٨٨١] عن عائشة أنها قالت : قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا نبني لك بمنىً بيتاً يظلك؟ فقال : « لا ، منىً مناخ من سبق » .

ومنع الإحياء ثابت وإن قلنا باستحباب المبيت بها ؛ لكونه مطلوباً ، لٰكن لا يظهر أن يلحق بذلك المحصب[١] .

قال : (**ويختلف الإحياء بحسب الغرض**) والمرجع في جميع ذلك إلى العرف ؛ لأن الشارع أطلقه ، ولا حد له فيه ولا في اللغة فكان كالقبض والحرز .

قال : (**فإن أراد مسكناً . . اشترط تحويط البقعة**) بما جرت العادة به في ذلك المكان من لبن أو طين أو حجر أو خشب ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٠٧٢] عن سمرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أحاط حائطاً علىٰ أرض . . فهي له » .

قال : (**وسقف بعضها**) ليتهيأ للسكنىٰ ، ولأن اسم الدار حينئذ يقع عليه ، وقيل : لا يشترط .

و(السقف) جمعه سقوف وسقف مثل رهن ورهن ، تقول : سقفت البيت أسقفه سقفاً .

قال : (**وتعليق باب**) ؛ لأن العادة جارية بذلك .

قال : (**وفي الباب وجه**) ؛ لأن فقده لا يمنع السكنىٰ ، وإنما ينصب لحفظ

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابٍّ . . فَتَحْوِيطٌ لاَ سَقْفٌ ، وَفِي ٱلْبَابِ ٱلْخِلاَفُ . أَوْ مَزْرَعَةً . . فَجَمْعُ ٱلتُّرَابِ حَوْلَهَا وَتَسْوِيَةُ ٱلأَرْضِ . . . .

المتاع ، واقتصاره علىٰ حكاية الخلاف فيه فيه نظر ؛ لأن الخلاف في السقف أيضاً ، فلو قال : وفيهما وجه . . كان أولىٰ .

ولا تشترط السكنىٰ جزماً وقال المحاملي : يشترط الإيواء .

قال : (**أو زريبة دواب . . فتحويط لا سقف**) ولا يشترط أن يكون تحويطها كتحويط الدار ، بل يكفي دون ذلك ، وتشترط فيه التعلية بحيث يمنع الطارق وفرار البهائم .

ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء ؛ لأن العادة لا تقضي بالتملك بذلك ، وإنما يفعله المجتاز .

ولو حذف المصنف لفظة (دواب) . . كان أولىٰ ؛ لأن زريبة الحطب وتجفيف الثمرة كذلك .

قال : (**وفي الباب الخلاف**) أي : السابق في المسكن ، وهنا أولىٰ بالمنع كما قاله في « الذخائر » ؛ لأن الحارس أو الراعي يقعد بباب الحظيرة بخلاف الدور ، وشرط صاحب « الإيضاح » أن يجعل على الحيطان شوكاً[1] .

قال : (**أو مزرعة . . فجمع التراب حولها**) ؛ لينفصل المحمي عن غيره ، وفي معناه نصب قصب أو حجر أو شوك .

قال : (**وتسوية الأرض**) ؛ لأن العادة قاضية بذلك .

و(المزرعة) مثلثة الراء ، والأفصح فتحها ، ولم يحك المصنف في تحريره الكسر .

والمراد بـ(تسوية الأرض) طم المنخفض وكسح العالي ، وحراثتها إن لم تزرع إلا به لتتهيأ للزرع ، وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَتَرْتِيبُ ٱلْمَاءِ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا ٱلْمَطَرُ ، لاَ ٱلزِّرَاعَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . أَوْ بُسْتَاناً . . فَجَمْعُ ٱلتُّرَابِ وَٱلتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتِ ٱلْعَادَةُ بِهِ وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ ، وَيُشْتَرَطُ ٱلْغَرْسُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**وترتيب الماء لها إن لم يكفها المطر**) وذلك بحفر بئر أو إجراء قناة ، ويستثنىٰ من اعتبار هـٰذا الشرط أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر ، فإنها تملك بالحراثة وجمع التراب بأطرافها ، وقال صاحب « التقريب » والقفال : لا مدخل للإحياء فيها ، وكذلك أرض البطاح وهي : ناحية بالعراق غلب عليها الماء . . فيشترط في إحيائها حبس الماء عنها كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه .

قال : (**لا الزراعة في الأصح**) ؛ لأنها استيفاء منفعة الأرض وهو خارج عن الإحياء ، ولهـٰذا لا تعتبر في إحياء الدار سكناها .

والثاني : تشترط ؛ لأن الدار لا تصير محياة حتىٰ يصير فيها عين مال المحيي فكذلك المزرعة ، ولا خلاف أن الحصاد لا يشترط .

قال : (**أو بستاناً . . فجمع التراب**) كالمزرعة ، وحكم الكرم حكم البستان ، وليس المراد جمعه حوله كما توهمه عبارته ، بل تهيئة أرض البستان وإصلاحه كما قاله الروياني وغيره .

قال : (**والتحويط حيث جرت العادة به**) بقصب أو شوك أو بناء عملاً بها ، ورجوعاً إلىٰ عادة ذلك المكان .

قال : (**وتهيئة ماء**) كما سبق في المزرعة .

قال : (**ويشترط الغرس على المذهب**) بخلاف المزرعة ، فإن الأرض للزراعة تحصل عمارتها بالحرث وإن لم تزرع وعمارة البستان بالغراس ، ولأن الغراس للدوام فالتحق ببناء الدار ، أما من اعتبر الزرع في المزرعة . . فيعتبر الغرس هنا من باب أولىٰ .

ولا يشترط غرس جميعها ، بل يكفي غرس بعض الأرض كما صححه الإمام[1] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ ، أَوْ أَعْلَمَ عَلَىٰ بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَباً . . فَمُتَحَجِّرٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ـ لَـٰكِنِ ٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، . . . . . .

ولا يشترط أن يثمر الغرس ، وقال البالسي : رأيت في بعض التعاليق أن في اشتراط ذلك خلافاً .

والثاني : لا يشترط الغرس كالزراعة .

قال : (**ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه ، أو أعلم علىٰ بقعة بنصب أحجار أو غرز خشباً . . فمتحجر ، وهو أحق به**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلىٰ ما لم يسبق إليه مسلم . . فهو له » رواه أبو داوود [٣٠٦٦] ولم يضعفه ، وهـٰذه الأحقية أحقية اختصاص لا ملك على الأصح ، ولها شرطان :

أن لا يزيد علىٰ قدر كفايته .

وأن يقدر علىٰ إكماله .

فإن فقدا أو أحدهما . . امتنعت الأحقية .

قال : (**لـٰكن الأصح : أنه لا يصح بيعه**) ؛ لأن حق التملك لا يباع كحق الشفيع .

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ : يصح بيعه مع موافقته علىٰ عدم الملك وكأنه بيع اختصاص كبيع علو البيت للبناء والسكنىٰ دون سفله .

وإذا قلنا بهـٰذا . . فالبيع حينئذ حق اختصاص فيصير المشتري كالبائع ، فمن بادر وأحياه . . ملكه في الأصح ، ولا يسقط الثمن عن المشتري في الأصح عند المصنف ؛ لحصول التلف بعد القبض .

ولو أحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع . . فالأصح عند المصنف : أنه له ، وقيل : للبائع .

تنبيهان :

أحدهما : عبارة جماعة ـ منهم الرافعي ـ : أنه لا يجوز بيع الأرض المتحجرة ، وهو صريح في إيراد العقد على الأرض ، وعبارة الإمام والغزالي : أنه لا يجوز بيع حق

وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ ـ وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ ٱلتَّحَجُّرِ . قَالَ لَهُ ٱلسُّلْطَانُ : أَحْيِ أَوِ ٱتْرُكْ ، فَإِنِ ٱسْتَمْهَلَ . . أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً . . . .

التحجر ، وهو صريح في إيراد البيع على حق التملك لا الأرض .

الثاني : لو ولاه المتحجر غيره . . صح وصار الثاني أحق به بلا خلاف ، قال الماوردي : وليست هبة ، بل هي تولية وإيثار[1] ، وإذا باعه ـ وقلنا بالفساد ـ فهل يكون ذلك إيثاراً ضمنياً أو لا؟ قال الشيخ : الظاهر المنع ؛ لأن البيع الفاسد لا أثر له ولا للتسليم[2] .

قال : (**وأنه لو أحياه آخر ملكه**) ؛ لأنه حقق الملك وإن كان ظالماً كما لو اشترى على سوم أخيه أو خطب على خطبته ، وهـٰذا معطوف على (الأصح) ولا خلاف أنه حرام ، وتقابله أوجه :

قيل : لا يملك لئلا يبطل حق غيره ، قال الإمام : وهو أقيس ، واختاره القفال .

وقيل : إن انضم إليه إقطاع . . لا يملك المبتدر ، وإلا . . ملك .

وقيل : إن أخذ المتحجر في العمارة . . لم يملك المبادر ، وإن اقتصر على التحويط . . ملك .

وشبهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشش الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره هل يمكله؟ قال في « الروضة » : الأصح : نعم ، وكذا لو توحل طير في أرضه ونحو ذلك .

قال : (**ولو طالت مدة التحجر . . قال له السلطان : أحي أو اترك**) ؛ لأن في ترك العمارة ضرراً بدار المسلمين فمنع منه ، ولأن فيه نوعاً من الحمى وقال عليه الصلاة والسلام : « لا حمى إلا لله ولرسوله »[3] والقائل له ذلك هو الإمام أو نائبه ، ويعرف الطول بالعرف .

قال : (**فإن استمهل . . أمهل مدة قريبة**) رفقاً به ودفعاً لضرر غيره ، وقيده

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٧٠) ، وابن حبان (٤٦٨٥) ، وأبو داوود (٣٠٧٨) ، وغيرهم .

الماوردي بما إذا أبدىٰ عذراً من غيبة صناع أو تعذر آلة أو نحوها[1] ، وهٰذه المدة مرجعها إلىٰ رأي الإمام ، والأصح أنها لا تتقيد بثلاثة أيام ، وقدرها أبو حامد من عشرة أيام إلىٰ شهرين لا ما زاد .

وفي وجه رابع : أنها مدة تتهيأ فيها أسباب العمارة قاله القاضي أبو الطيب والإمام .

وقدرها أبو حنيفة بثلاث سنين استدلالاً بأثر ورد في ذلك عن عمر .

قال الشيخ : وينبغي إذا علم الإمام أنه لا عذر له فيها ، أو علم منه الإعراض أن ينتزعها منه في الحال[2] .

ولو مات المتحجر . . قام وارثه مقامه ، أو جن . . قام وليه مقامه في إحيائها له إن رآه ، فإن أحياها لنفسه . . فحكمه حكم المتغلب قاله الروياني[3] .

قال : (**ولو أقطعه الإمام مواتاً . . صار أحق بإحيائه كالمتحجر**) لظهور فائدة الإقطاع ؛ فقد أقطع النبي صلى الله عليه وسلم أرضاً للزبير كما رواه الشيخان [خ ٣١٥١ـ م ٢١٨٢] من حديث أسماء ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً بحضرموت ، رواه الترمذي [١٣٨١] .

وفي « أبي داوود » [٣٠٥٥] بإسناد جيد : عن عمرو بن حريث قال : (انطلق بي أبي إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا غلام شاب ، فدعا لي بالبركة ومسح رأسي ، وخط لي داراً بالمدينة بقوسي ثم قال : ألا أزيدك) فاشتمل الحديث علىٰ مكارم الأخلاق وجواز إقطاع الصبي ، والإقطاع بالمدينة والإحياء بها ، وقد تقدم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الدور من المدينة) ، لٰكن ابن الأثير ذكر في « النهاية » [٤/ ٨٢] عن بعضهم أنه كان يتأول إقطاع المهاجرين الدور علىٰ معنى العارية ، أي : أنزلهم دور الأنصار ، والشافعي أعلم من ابن الأثير بذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يُقْطِعُ إِلاَّ قَادِراً عَلَى ٱلإِحْيَاءِ ، وَقَدْراً يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَكَذَا ٱلْمُتَحَجِّرُ . . . .

فائدة :

قد يقول من لا خبرة له : إن التمليك يحتاج إلىٰ تقدم ملك ، وجوابه : أن التمليك في هـٰذا الباب من جهة الله ، فهو حاصل للنبي صلى الله عليه وسلم في كل ما فتح من الأرض وفيما لم يفتح ؛ لأن ملك الله تعالىٰ عليها كلها وملك رسول الله صلى الله عليه وسلم مستفاد منه .

وقد ورد : أنه صلى الله عليه وسلم أعطىٰ تميماً الداري قرية عينون التي بالشام قبل أن تفتح الشام ـ وممن ذكر ذلك من الفقهاء الماوردي ، ومن المحدثين ابن سعد [٤٠٨/٧] ـ وأعطىٰ أبا ثعلبة الخشني أيضاً شيئاً من بلاده قبل أن تفتح ، والذي أعطاه لتميم الداري باق بيد أهله إلى اليوم ، وأراد بعض الولاة التشويش عليهم ، وساعده بعض من لا بصيرة له ، فأفتى الغزالي بكفره وقال : النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع الجنة فكيف لا يقطع الدنيا؟ .

قال الشيخ : ووقعت لي هـٰذه القضية وأنا بدمشق ، فأقررت أهل تميم الداري عليها .

وقال الشافعي : يجب على الإمام الإقطاع إذا طلب منه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لما أقطع ابن مسعود : « إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ لضعيفها من قويها »[١] وقصة العباس مع عمر في الإقطاع شهيرة رواها البيهقي وغيره .

قال : (**ولا يقطع إلا قادراً على الإحياء ، وقدراً يقدر عليه**) ؛ لأنه ينظر بالمصلحة .

قال : (**وكذا المتحجر**) لا يتحجر إلا ما يحتاج إليه ويقدر عليه ، فإن زاد . . كان لغيره أن يحيي الزائد .

والإقطاع قسمان : إقطاع تملك وهو : الموات ليحييه فيملكه ، وإقطاع إرفاق كمقاعد الأسواق .

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/٢٥٦) ، والبيهقي (١٠/٩٣) ، وغيرهم .

وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ لِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنِ ٱلنُّجْعَةِ ، . . . .

والإقطاعات المعروفة في هٰذا الزمان للأمراء والأجناد من أرض عامرة لتكون لهم منافعها بالاستعمال وغيره ليس له ذكر في كلام الفقهاء .

قال الشيخ : وتسميته إقطاعاً مخالف لقولهم : إن الإقطاع إنما يكون في الموات ، وكذلك الرزق التي يعطيها الإمام للفقهاء والفقراء وغيرهم كذلك .

ومن فوائد النظر في ذلك : أنه لو تعدىٰ شخص على المختص بها وزرعها ، هل تلزمه أجرة المثل له لأنه ملك منفعتها بالإقطاع ، أو لا لأنه كالمتحجر وهي باقية على اشتراك المسلمين؟ فيه نظر ، لٰكن القاضي عياض نص على اختصاصها بالمقطع[1] ، ويؤيد ذلك ما تقدم من فتوى المصنف بصحة إيجارها .

فرع :

لو تحجر علىٰ أن يعمر بعد سنة ونحوها . قال في « الوسيط » : لا يجوز ، وكان لغيره أن يحييه بغير إذن الإمام .

قال : (**والأظهر : أن للإمام أن يحمي بقعة موات لرعي نعم جزية وصدقة وضالة وضعيف عن النجعة**) وهي : الذهاب لطلب الرعي وغيره ، وهي بضم النون .

ومعناه : أن يمنع سائر الناس منها ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ـ بالنون ـ لخيل المسلمين ، رواه ابن حبان [٤٦٨٣] .

وحمىٰ أبو بكر الصديق وحمىٰ عمر السرف والربذة ، رواه البخاري [٢٣٧٠] ، وكان له غلام على الحمى اسمه هُنَي ، ولما استعمله . قال له : يا هني اضمم جناحك للناس ، واتق دعوة المظلوم ؛ فإنها مجابة ، وأدخل رب الصريمة والغنيمة ، وإياك ونعم ابن عفان وابن عوف ؛ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلىٰ نخل وزرع ، وإن رب الغنيمة يأتني بعياله يقول : يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين ؛ أفتاركهم أنا لا أبا لك ، الكلأ أهون علي من الدينار والدرهم ، وايم الله! لولا المال الذي أحمل عليه في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

سبيل الله . . ما حميت على المسلمين في بلادهم شبراً [خ٣٠٥٩] .

و(الصريمة) : الإبل القليلة ، و(الغنيمة) : الغنم القليلة .

وإنما يجوز ذلك إذا لم يضر بالمسلمين ، فإن أضر . . لم يجز قطعاً .

والقول الثاني : لا يحمي ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا حمىٰ إلا لله ورسوله » رواه البخاري [٢٣٧٠] من حديث الصعب بن جثامة .

وأجاب الأول بأن معناه لا يحمي ، إلا أن يقصد به وجه الله كفعله صلى الله عليه وسلم لا كفعل الجاهلية ؛ فإن العزيز منهم كان يصعد علىٰ نشز من الأرض ويستنبح كلباً ، فحيث انتهىٰ صوت الكلب من كل ناحية . . كان حمىً لنفسه يمنعه من غيره ، ويشارك هو غيره في غيره ، فنهوا عن ذلك .

يقال : حميت المكان منعته ، وأحميته جعلته حمىً ، فيجوز أن يقرأ ما في الكتاب بفتح الياء ثلاثياً ، وبضمها رباعياً ، والفتح أشهر .

واحترز بـ(الإمام) عن آحاد الرعية ، فليس لهم الحمىٰ قطعاً .

والمراد بـ(الإمام) الخليفة ، فليس للأمير ولا لوالي الإقليم أن يحمي إلا بإذن الإمام كذا صرح به الماوردي والروياني ، وألحق الفوراني الولاة بالخليفة ، ووافقه الرافعي فرجح لهم الجواز[1] ، ثم مما يحمىٰ له خيل المجاهدين ، بل هي أحق به من غيرها .

والمراد بـ(نعم الجزية) : ما يؤخذ بدلاً عن الذهب والفضة ، وبـ(نعم الصدقة) : ما يفضل عن سهمان أهل الصدقات فيعاد علىٰ أهلها ، أو رعيها في زمن انتظار قسمتها عليهم لعدم حضور بعضهم .

أما الماء العد[2] . . فيحرم على الإمام أن يحميه لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة وغيرها بلا خلاف .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وهو الماء الذي له مادة لا تنقطع ، كالعين والبئر . « صحاح ») .

وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ ، وَلاَ يَحْمِي لِنَفْسِهِ . . . .

وهل يجوز لعامل الصدقة أن يحمي موضعاً لرعيها إذا لم يضر بأهل البلد؟ فيه قولان[1] .

ويحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمىٰ أو الموات بلا خلاف .

قال : (**وأن له نقض ما حماه للحاجة**) رعاية للمصلحة ، وليس ذلك من نقض الاجتهاد بالاجتهاد .

والثاني : لا ؛ لتعينه لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة ، أما حمى النبي صلى الله عليه وسلم . . فلا ينقض بحال ؛ لأنه نص لا ينقض ولا يغير ، وألحق به[2] الصيمري ما حماه عمر ، وقال أبو محمد في « مختصره » والغزالي في « الخلاصة » : إنه الصحيح .

وحكىٰ صاحب « الرونق » قولاً : إنه لا يجوز نقض ما حماه الخلفاء الأربعة وهو حسن ، وجعل صاحب « التلخيص » القولين في حق الخلفاء الأربعة ، وأما غيرهم . . فيجوز نقض حماهم قطعاً .

وقوله : (للحاجة) متعلق بـ(نقض) لا بـ(حماه) .

قال : (**ولا يحمي لنفسه**) ؛ لأن ذلك من خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يقع ذلك منه ، ولو وقع . . لكان لمصالح المسلمين أيضاً ؛ لأن ما كان مصلحة له . . فهو مصلحة لهم .

واستدل له البيهقي [٦/١٤٧] بما رواه عن ابن عمر أنه قال : (اشتريت إبلاً ، ثم انتجعتها في الحمىٰ ، فلما سمنت . . قدمت بها السوق ، فدخله عمر فرأىٰ إبلاً سماناً فقال : لمن هـٰذه الإبل؟ فقالوا : لعبد الله بن عمر ، قال : فجعل يقول : يا عبد الله بن عمر ؛ بخ بخ ، أَبنَ أمير المؤمنين؟! قال : فجئته أسعىٰ فقلت : ما لك

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : ليس له ذلك) .
(٢) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

فَصْلٌ :

مَنْفَعَةُ ٱلشَّارِعِ : ٱلْمُرُورُ ، وَيَجُوزُ فِيهِ ٱلْجُلُوسُ لِلِاسْتِرَاحَةِ وَٱلْمُعَامَلَةِ وَنَحْوِهِمَا

يا أمير المؤمنين؟ فقال : ما هٰذه الإبل؟ قلت : إبل أنضاء ، اشتريتها وبعثت بها إلى الحمىٰ أبتغي ما يبتغي المسلمون ، فقال : ارعَوا إبل ابن أمير المؤمنين ، اسقوا إبل ابن أمير المؤمنين ، يا عبد الله بن عمر ؛ اغد علىٰ رأس مالك واجعل باقيه في بيت المال) .

ورویٰ أبو عمر بن عبد البر وغيره عن عمر أنه بلغه عن يعلىٰ بن أمية ـ ويقال : ابن مُنْية نسبة إلىٰ جدته ، وكان عاملاً على اليمن ـ أنه حمىٰ لنفسه ، فأمره أن يمشي علىٰ رجليه إلى المدينة ، فمشىٰ أياماً إلىٰ صعدة فبلغه موت عمر فركب .

تتمة :

لو غرس شخص في الحمىٰ أو بنىٰ . . أزيل ، وادعى المتولي الإجماع علىٰ أنه لا يجوز إحياء النقيع الذي حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وينبغي أن يكون على الحمىٰ حفاظ من جهة الإمام يمنعون أهل القوة من إدخال مواشيهم ، ويتلطفون بالضعفاء ، فإن كان للإمام ماشية . . لم يدخلها الحمىٰ ؛ لأنه من أهل القوة ، فإن فعل . . فقد ظلم المسلمين ، وسيأتي في (باب التعزير) حكم ما إذا حمىٰ واحد من الناس مواتاً ومنع الناس منه ، وحكم ما إذا رعىٰ واحد من أهل القوة ماشيته في الحمىٰ .

قال : (**فصل :**

منفعة الشارع : المرور) ؛ لأنه وضع لذلك وهي مستحقة للناس أجمعين وهٰذه المسألة تقدمت في (الصلح) .

قال : (**ويجوز فيه الجلوس للاستراحة والمعاملة ونحوهما**) والوقوف أيضاً إذا لم يضيق على المارة وفي « البيهقي » [٦/١٥٠] عن علي رضي الله عنه أنه قال : (من سبق إلىٰ موضع بالسوق . . فهو أحق به إلى الليل) .

إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى ٱلْمَارَّةِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ إِذْنُ ٱلإِمَامِ ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا . . . .

قال الإمام : وللإمام مطالبة الواقف فيه بقضاء حاجته والانصراف ، ويختص الجالس بما حوله بالقدر المحتاج إليه ، لـٰكن ليس له منع من قعد ليبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه ، لـٰكن ليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والإعطاء .

قال : (**إذا لم يضيق على المارة**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

قال : (**ولا يشترط إذن الإمام**) كما لا يحتاج في الإحياء إليه ؛ لإطباق الناس علىٰ ذلك في سائر الأعصار من غير إنكار .

وشمل إطلاقه الذميَ ، وفي ثبوت هـٰذا الإرفاق له وجهان : رجح الشيخ منهما الثبوت وإن لم يؤذن له ، وإليه مال شيخه ابن الرفعة ، وهو ظاهر كلام « المهذب » و« التنبيه » و« البيان » ؛ لأن ضرره لا يتأبد ، ولا فرق بين أن تطول إقامته بحيث يتقادم عهده أم لا .

وقيل : يقام عنه إذا تقادم عهده ؛ لئلا يصير ذريعة إلى ادعاء الملك فيه ، ثم هـٰذا الحكم لا يختص بالشارع ، بل الارتفاق بالصحارىٰ والفلوات لنزول المسافرين لا نظر للإمام فيه ، ولهم النزول حيث لا يضر بمجتاز .

وأما الارتفاق بأفنية المنازل في الأملاك ، فإن أضر ذلك بأربابها . . منعوا إلا بإذنهم ، وإلا فإن كان الجلوس علىٰ عتبة الدار . . لم يجز إلا بإذنهم ، ولا يجوز أن يأخذ على القعود في فناء الدار أجرة بحال ، كما لا يجوز أن يبيعه منفرداً ، وحكم فناء المسجد حكم فناء الدار .

قال : (**وله تظليل مقعده بيارية أو غيرها**) لجريان العادة بذلك وعدم إضراره بالمارة ، وكان الأولىٰ أن يقول : ونحوها ؛ لأن الجواز مقيد بما إذا كان المظلل به ينقل معه ، فإن كان مثبتاً ببناء . . لم يجز .

و(البارية) بتشديد الياء وربما خففت ، ويقال فيها : بورياء كلوبياء وهي : شيء ينسج من القصب كالحصير .

وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ ٱثْنَانِ . . أُقْرِعَ ، وَقِيلَ : يُقَدِّمُ ٱلإِمَامُ بِرَأْيِهِ . . . .

قال : (**ولو سبق إليه اثنان . . أقرع**) ؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر ، اللهم إلا أن يكون أحدهما مسلماً والآخر ذمياً . . فيظهر أن يقدم المسلم إن أثبتنا للذمي هـٰذا الارتفاق ، وقد أطلق الشيخان فيه وجهين ، وإطلاق الكتاب وغيره يقتضي أن له ذلك ، وعليه عمل الناس من غير نكير .

قال : (**وقيل : يقدم الإمام برأيه**) كمال بيت المال ، ولا يأتي هنا .

الوجه الثالث : في المعدن الظاهر : أنه يقسم بينهما ؛ لأن موضع الواحد لا يكفي الاثنين ، لـٰكن في « الإستقصاء » حكىٰ وجهاً بالمهايأة ، ووجهاً أنهما يتركان حتىٰ يصطلحا .

ومحل الخلاف ما لم يبن دكة ، فإن بناها . . لزمه الأجرة .

وأجمعوا علىٰ أنه ليس للإمام ولا لغيره أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس للبيع وغيره في الشوارع عوضاً .

قال الشيخ : وقد رأينا في هـٰذا الزمان من وكلاء بيت المال من يبيع من الشوارع ما يقول : إنه يفضل عن حاجة المسلمين ، وهـٰذا لا يقتضيه قول أحد ؛ لأن البيع يقتضي تقدم الملك ، ولو جوزنا ذلك . . لجوزنا للإمام أن يبيع الموات ولا نعرف من يقول به ، وهـٰذا الذي يفعله وكلاء بيت المال من بيع ذلك لا يجوز ، فليحذر منه ، وقد قال لي ابن الرفعة عن بعض وكلاء بيت المال بالديار المصرية وقد فعل ذلك : لا أدري بأي وجه يلقى الله .

فرع :

الأصح أن للإمام أن يقطع الشارع فيصير المقطع أحق به كالمتحجر ، ولا يجوز لأحد تملكه بالإحياء على الصحيح ، وذكر الرافعي في (الجنايات) أنه تقدم في (الإحياء) أن الأكثرين جوزوا الإقطاع ، وأن المقطع يبنىٰ فيه ويتملك ، وما ذكره في الإقطاع صحيح ، وأما في البناء والتملك . . فهو وجه ضعيف .

وَلَوْ جَلَسَ لِمُعَامَلَةٍ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكاً لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَىٰ غَيْرِهِ . . بَطَلَ حَقُّهُ ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ . . . .

قال : (**ولو جلس لمعاملة ثم فارقه تاركاً للحرفة أو منتقلاً إلىٰ غيره . . بطل حقه**) ؛ لإعراضه عنه ، وكذا إذا كان جلوسه للصناعة كخياطة ونحوها ، أما الجالس للاستراحة . . فيبطل حقه بمفارقته جزماً ، وكذلك الجوال يزول حقه بمفارقته .

قال : (**وإن فارقه ليعود . . لم يبطل**) ؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قام من مجلس ثم رجع إليه . . فهو أحق به » رواه مسلم [٢١٧٩] .

قال : (**إلا أن تطول مفارقته بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره**) سواء فارق بعذر أو غيره ؛ لأن مثل ذلك يعد معرضاً عرفاً ، ولا يبطل حقه برجوعه ليلاً إلىٰ منزله ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني .

وقال الإصطخري : إذا رجع ليلاً ، فمن سبقه . . كان أحق ونقله في « المطلب » عن النص والعراقيين ، وكذا الحكم في الأسواق التي تقام في كل سنة أو شهر إذا اتخذ فيها مقعداً . . كان أحق به في النوبة الثانية .

فروع :

لو أراد غيره أن يجلس في مدة غيبته القصيرة . . لم يمنع في الأصح .

ولو أرسل نعمه في صحراء . . لم يكن لغيره تنحيتها وإرسال نعمه .

ويجوز وضع آلات البناء ونحوها في الطرق ما لم تضر ، فإن ضرت . . منع من ذلك .

ويكره الجلوس في الشارع للحديث ونحوه ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك إلا أن يعطى الطريق حقه قالوا : وما حقه قال : « غض البصر ، وكف الأذىٰ ، ورد السلام ، والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر »[١] .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٥) ، ومسلم (٢١٢١) .

ومَنْ أَلِفَ مِنَ ٱلْمَسْجِدِ مَوْضِعاً يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِىءُ . . كَٱلْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ ، وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلاَةٍ . . لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، . . . .

ويدخل في كف الأذى اجتناب الغيبة وظن السوء واحتقار الناس وتضييق الطريق .

قال : (**ومن ألف من المسجد موضعاً يفتي فيه ويقرىء**) أي : القرآن أو العلم الشرعي .

قال : (. . **كالجالس في شارع لمعاملة**) ؛ لأن له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع ليغشاه الناس ، هـٰذا قول أبي عاصم العبادي والغزالي ورجحه الشيخان .

وقال صاحب « التقريب » والجويني والماوردي والروياني : متىٰ قام . . بطل حقه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ ﴾ وهو مذهب جمهور الفقهاء .

وأجاب الأولون عن الآية بأن المراد بها المسجد الحرام بالاتفاق ، والجالس فيه لاستماع الحديث والوعظ الظاهر أنه كالصلاة لا يختص فيما سوىٰ ذلك المجلس ، ولا فيه إن فارق بغير عذر ، ويختص إن فارق بعذر .

وظاهر عبارة المصنف أنه لا يشترط في جلوسه إذن الإمام ، وهو كذلك في المساجد الصغيرة ومساجد القرىٰ ، أما الجلوس لذلك في الجوامع وكبار المساجد . . فنقل الرافعي عن الماوردي اعتبار إذن الإمام فيها إذا كانت عادة البلد الاستئذان فيه ، وكلام الإمام يخالفه(١) .

ومن له عادة بالقرب من المدرس ونحوه وينتفع الناس بقربه منه لعلمه ونحوه . . يدوم اختصاصه ، وما جرى به العرف من مجلس فقيه في موضع معين من مدرسة أو رباط . . الظاهر دوام اختصاصه فيه(٢) .

ويمنع الناس من استطراق حلق القراء والفقهاء في الجوامع توقيراً لها .

قال : (**ولو جلس فيه لصلاة . . لم يصر أحق به في غيرها**) بلا خلاف ، بخلاف مقاعد الأسواق ، والفرق أن غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد ، والصلاة في بقاع المسجد لا تختلف .

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلِ ٱخْتِصَاصُهُ فِي تِلْكَ ٱلصَّلَاةِ فِي ٱلْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ . . . .

قال الرافعي : ويجوز أن يمنع ذلك بالصف الأول فهو آكد(١) ، ولا فرق في ذلك بين الصبي والبالغ ؛ لأن الصبي إذا سبق إلى الصف الأول كان أحق به .

قال : (**فإن فارقه لحاجة ليعود**) كالخارج لرعاف أو تجديد وضوء وقضاء حاجة وإجابة داع .

قال : (. . **لم يبطل اختصاصه في تلك الصلاة في الأصح وإن لم يترك إزاره**) ؛ لحديث مسلم المتقدم : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » زاد الإمام والغزالي وتبعهما الرافعي فيه فقالوا : من مجلسه في المسجد ، وقال الإمام : إنه صحيح ، ووقع كذلك في « الروضة » ، ولا تعرف هـٰذه الزيادة في الحديث ، لـٰكن في « الترمذي » [٢٧٥١] : « إذا خرج لحاجته ثم عاد » وظاهره إرادة المسجد ، ووهم ابن الرفعة فنسب حديث مسلم إلى البخاري .

والوجه الثاني : يبطل كغيرها من الصلوات .

والثالث : إن ترك إزاره . . بقي حقه ، وإلا . . فلا ، وإلىٰ هـٰذا أشار المصنف بقوله : (وإن لم يترك إزاره) .

والرابع ـ حكاه ابن الرفعة ـ : إن خرج لعذر بعد الشروع في الصلاة وأمكن قبل الفراغ . . لم يبطل ، وإلا . . بطل ، أما بالنسبة إلىٰ غير ذلك . . فيبطل حقه جزماً .

وعمت البلوىٰ بوضع السجادات بالروضة الشريفة بمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو من المنكرات التي يجب النهي عنها .

والظاهر : أن الخلاف فيما إذا لم تقم الصلاة في غيبته ، فإن أقيمت واتصلت الصفوف وراء بقعته ، فإن كان كذلك . . سد مكانه .

---

(١) في هامش (ك) : (وأجيب بأنه لو ترك له موضعه من الصف الأول ، وأقيمت الصلاة . . لزم عدم اتصال الصف ، وذلك يؤدي إلىٰ نقصانها ، فإن تسوية الصف من تمامها ، ولو أمكن مجيئه في أثنائها . . لم يجبر ذلك الخلل الواقع في أولها) .

وَلَوْ سَبَقَ رَجلٌ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ ، أَوْ فَقِيهٌ إِلَىٰ مَدْرَسَةٍ ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَىٰ خَانِقَاهُ . . لَمْ يُزْعَجْ ، وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ . . . .

ولا فرق بين أن تكون الصلاة المنتظرة دخل وقتها أم لا ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يزال العبد في صلاة ما دام ينتظر الصلاة »[1] وعبارة المصنف تشمل هـٰذه الصورة .

فرع :

إذا اعتكف ولم ينو وقتاً فمتىٰ خرج . . بطل حقه ، وإن نوىٰ وقتاً كأيام فخرج لحاجة جائزة . . ففي اختصاصه إذا رجع احتمال ، والظاهر بقاؤه .

قال : (**ولو سبق رجل إلىٰ موضع من رباط مسبل ، أو فقيه إلىٰ مدرسة ، أو صوفي إلىٰ خانقاه . . لم يزعج ، ولم يبطل حقه بخروجه لشراء حاجة ونحوه**) وإن لم يترك فيه متاعاً ولا نائباً عنه ؛ لعموم الحديث السابق ، وهـٰذا ما لم يتخذه مسكناً فإنه يمنع منه[2] .

ولو ازدحم اثنان . . فكمقاعد الأسواق .

وأفهم قوله : (لشراء حاجة ونحوه) أن غيبته إن طالت . . بطل حقه ، والمرجع في الطول وعدمه إلى العرف ، ثم إنما يكون السابق أحق إذا لم يكن للمكان ناظر ، فإن كان . . لم يجز النزول فيه إلا بإذنه إن أمكن للعرف ، وكذا لو كان للمدرسة مدرس دون ما إذا فقد ذلك ، وهل المراد عرف زمن الواقف أو زمن السكنىٰ ؟

قال في « المطلب » : الظاهر الأول ، قال : وعلىٰ هـٰذا كان بعض أكابر علماء وقتنا يقول : يستحق الفقهاء الجامكية إذا بطلوا في الأشهر الثلاثة التي وقفت في زمان عهد فيه البطالة فيها[3] ، أما المدارس القديمة الموقوفة في زمن لم يعهد ذلك فيها . . فلا يجوز أخذها فيها .

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٦) ، ومسلم (٦٤٩/ ٢٧٢) .

(٢) في هامش (ك) : (فيه نظر) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : لو قال : وقفته على مقرئ يقرئ الناس بموضع كذا كل يوم وجرت عادة البلد بترك الإقراء يوم الجمعة . . ليس له ترك الإقراء فيه[1] ؛ لأن قوله : (كل يوم) تصريح بالعموم فلا يترك لعرف خاص .

وقال الشيخ عز الدين : العرف المطرد بمنزلة الشرط فينزل الشرط عليه .

ومحل ما ذكره المصنف إذا كان السابق أهلاً للسكنى ، فأما سكنى غير الفقهاء في بيوت المدارس . . فيتبع في ذلك شرط الواقف إن كان ثم شرط ، فإن لم يكن ثم شرط . . منع ، ففي « قواعد ابن عبد السلام » : أن من لم يشتغل اشتغال مثله على العادة . . لا يحل له سكنى المدارس ، ولا يحل له أن يتناول شيئاً من وقفها ، قال : وكذلك المدرس والمعيد[2] .

وقد تقدم في آخر (زكاة الفطر) عن أبي علي الفارقي أنه قال : يجوز للفقهاء الإقامة في الربط وتناول معلومها ، ولا يجوز للمتصوف القعود في المدارس وأخذ جرايتها ؛ لأن المعنى الذي يطلق على المتصوف موجود في الفقيه ولا عكس .

فائدة :

الصوفي واحد الصوفية ، قال القشيري : ولا يشهد لهذا الاسم من حيث العربية قياس ولا اشتقاق ، والأظهر : أنه كاللقب ؛ إذ لا يصح أخذه من الصفاء ولا من لبس الصوف ولا من ملازمة الصفة .

قال : وتكلم الناس في التصوف : ما معناه؟ وفي الصوفي : من هو؟ وكل عبر عما وقع له .

فقال الجنيد : الصوفي من كان مع الله بلا علاقة .

وقال معروف : التصوف الأخذ بالحقائق واليأس مما في أيدي الخلائق .

وقال الأستاذ أبو سهل الصعلوكي : التصوف الإعراض عن الأغراض .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وسيأتي للصوفية ذكر في أول (كتاب الوقف) وفي (كتاب الوصية) .

و(الخانكاه) بالكاف[1] وهي بالعجمية : ديار الصوفية ، ولم يتعرضوا للفرق بينها وبين الزاوية والرباط وهو : المكان المسبل للأفعال الصالحة والعبادة .

قال صلى الله عليه وسلم : « ألا أدلكم علىٰ ما يمحو الله به الخطايا ويرفع الدرجات به؟ قلنا : بلىٰ يا رسول الله ، قال : إسباغ الوضوء على المكاره ، وكثرة الخطا إلى المساجد ، وانتظار الصلاة بعد الصلاة ، فذلكم الرباط فذلكم الرباط فذلكم الرباط »[2] .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَرَابِطُواْ﴾ قيل : هي في انتظار الصلاة بعد الصلاة ؛ إذ لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم غزو يرابط فيه ، وسيأتي في (كتاب الوقف) حكم بناء المدارس وأول من أحدثها .

فروع :

يجوز لغير سكان المدارس من العوام والفقهاء دخولها ، والجلوس فيها ، والشرب من مائها ، والاتكاء والنوم فيها ، ودخول سقاياتها ، ونحو ذلك مما جرت العادة به .

قال في « الجواهر » : وينبغي أن يختلف الحال في بيوت سقاياتها بين قلتها وكثرتها[3] ، والظاهر أن المراد بالشرب من مائها : الماء الجاري فيها كما في مدارس الشام ، لا المنقول إليها كما في مدارس مصر[4] .

قال : وكان ابن الرفعة يحكي عن بعض مشايخه المتورعين أنه كان لا يليق منه

---

(١) في هامش (ك) : (هٰذا هو الأصل ، إلا أنها أبدلت بالقاف) .
(٢) أخرجه مسلم (٢٥١) ، والترمذي (٥١) ، والنسائي (١/ ٨٩) ، وابن ماجه (٤٢٧) ، وغيرهم .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (لا فرق بين الماء الجاري ، والمنقول نظراً للعرف) .

. . . .

دواته ، كما نصوا علىٰ أنه لو وجد ماء مسبلاً بالطريق . . لم يجز له الوضوء منه ويتيمم .

وقال ابن الرفعة : مما تعم به البلوىٰ إذا نزل في مدرسة جماعة للاشتغال ولم يعين الواقف عدداً ، وقدر لهم ما يستوعب ارتفاع وقفها . . لا يجوز تنزيل أحد عليهم بحيث ينقص ما قرر لهم ، وأيده بما ذكره الماوردي أنه لو قال : من قام بوصيتي . . فله مئة درهم ، فمن قام بها وهو من أهلها . . استحقها ، فإن قام بها جماعة . . كانت بينهم ، وإن قام بها واحد ، فإن كان كافياً . . منع غيره بعد الشروع أن يشاركه فيها ، ووافق ابن الرفعة علىٰ ذلك بعض قضاة القضاة والقمولي والشيخ ، وهو الصواب[1] .

وسئل القفال عن تعليم الصبيان في المساجد فقال : الأغلب على الصبيان الضرر بالمسجد فيجوز منعهم[2] .

تتمة :

رباط وقف على المسافرين . . ليس لأحد أن يسكنه أكثر من مدة المسافرين ثلاثة أيام بلياليها ، إلا أن يكون مقامه في البقعة لمصلحة المكان فله المقام ما دامت المصلحة ، قاله المتولي .

وإذا ازدحم اثنان علىٰ موضع من غير سبق فهل يقرع بينهما أو يقدم الإمام أحدهما؟ فيه الخلاف المتقدم في المقاعد .

وإذا طال مقام واحد في بقعة موقوفة ، وخاف الإمام من مقامه أن تشتهر البقعة به فيملكها ويندرس الوقف . . فله نقله عن الموضع ؛ صيانة للوقف عن الإبطال .

وإذا وقف على المسافرين أو المارة . . فلكل أحد أن ينزل فيه من المسلمين وأهل الذمة ، فإن خص الواقف طائفة . . لم يحل لغيرهم .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هو مقيد بما إذا خيف منهم التنجيس ، وإلا . . فلا منع) .

فَصْلٌ :

ٱلْمَعْدِنُ ٱلظَّاهِرُ ـ وَهُوَ : مَا خَرَجَ بِلاَ عِلاَجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ وَأَحْجَارِ رَحىً ـ لاَ يُمْلَكُ بِٱلإِحْيَاءِ ، وَلاَ يَثْبُتُ فِيهِ ٱخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلاَ إِقْطَاعٍ .

قال : (**فصل**) :

هٰذا معقود لحكم الأعيان المستفادة من الأرض ، وتنقسم إلىٰ ظاهرة علىٰ وجهها وباطنة في طباقها .

قال : (**المعدن الظاهر ـ وهو : ما خرج بلا علاج كنفط وكبريت وقار ومومياء وبرام وأحجار رحى**) .

(النفط) بكسر النون وفتحها والكسر أفصح والفاء ساكنة : دهن معروف .

و(الكبريت) : عين تجري فإذا جمد ماؤها . . صار كبريتاً أبيض وأصفر وأكدر ، والأحمر منه جوهر ، وضربوا به المثل في العزة فقالوا : أعز من الكبريت .

قال الشاعر [من الكامل] :

عز الوفاء فلا وفاء وإنه   لأعز وجداناً من الكبريت

والقار والقير : الزفت .

و(المومياء) بضم الميم والمد : شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار ، ويقال : إنها حجارة سود ، وأما المومياء التي من الموتىٰ . . فنجسة .

و(البرام) بكسر الباء : حجارة تعمل منها القدور .

ومن المعادن : القطران المائي والجبلي ، والمدر وأحجار النورة والياقوت[1] ، والبلور والملح والكحل والجص .

قال : (**لا يملك بالإحياء ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع**) بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية والحطب والكلأ ، يستوي فيها المسلم والكافر ؛ لأن أبيض بن حمال سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه ملح مأرب . . فأقطعه .

---

(١) في هامش (ك) : (سيأتي في عبارة الشارح : أن الياقوت ونحوه من المعدن الباطن ، وهو ما جزم به في « الروضة » [٥/٣٠٢] ، وإن جزم في « التنبيه » بكونه من الظاهر) .

. . . .

وقال الأقرع بن حابس : يا رسول الله ؛ إنه كالماء العد ، قال : « فلا إذن » رواه الأربعة[١] وصححه ابن حبان [٤٤٩٩] .

والإجماع منعقد علىٰ منع إقطاع مشاريع الماء وكذلك المعادن الظاهرة .

و(الماء العد) : الكثير الدائم الذي لا ينقطع .

و(مأرب) بهمزة ساكنة بعد الميم ثم راء مكسورة ، ويجوز تخفيف الهمزة وهي : مدينة باليمن كانت بها بلقيس .

وامتناع إقطاع المعادن الظاهرة لا خلاف فيه بين العلماء .

وقال القاضي أبو الطيب : إنما أقطع النبي صلى الله عليه وسلم ملح مأرب علىٰ ظاهر ما سمع منه ، كمن استفتي في مسألة وصورت له علىٰ خلاف ما هي عليه فأفتىٰ ثم بانت له علىٰ خلاف صورة الاستفتاء .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « إنكم تختصمون إلي . . . » الحديث . . فقضية شرطية لا تستدعي وقوعاً ولا جوازاً ، ولم يثبت لنا قط أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بحكم ثم بان خلافه ، وقد صان الله أحكام نبيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

قال الشيخ : وما يروىٰ من قوله حين قتل النضر بن الحارث لما سمع شعر أخته : « لو سمعته ما قتلته » فلم يثبت بإسناد صحيح ، بل قال الزبير بن بكار في « كتاب أنساب قريش » : إن شعرها موضوع ، مع أنه لو صح . . لم يكن من هـٰذا الباب[٢] ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان يباح له القتل وهو مخير فيه ، له أن يقتل وله أن لا يقتل .

وتستثنىٰ من إطلاق المصنف صورتان :

إحداهما : ما لا تلزم عليه مؤنة من ذلك بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل منه ملح . . جاز أن يملك بالإحياء ، وجاز للإمام إقطاعه .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٣٠٥٩) ، والترمذي (١٣٨٠) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٣٢) ، وابن ماجه (٢٤٧٥) .

(٢) انظر « الإصابة » (٨/ ٨٠) .

فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ . . قُدِّمَ ٱلسَّابِقُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً . . فَٱلأَصَحُّ : إِزْعَاجُهُ . فَلَوْ جَاءَا مَعاً . . أُقْرِعَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والثانية : إذا ظهر شيء من هـٰذه المعادن في أرض ملكها بالإحياء . . فإنه يملكه بلا خلاف ، قاله الإمام وغيره ، وسيأتي هـٰذا في قول المصنف : (ومن أحيا مواتاً فظهر فيه معدن باطن . . ملكه) .

قال : (**فإن ضاق نيله . . قدم السابق بقدر حاجته**) لسبقه ، قال الرافعي : ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة ، وقال الإمام : يرجع فيه إلى العادة فيأخذ ما تقتضيه عادة أمثاله[1] ، قال ابن الرفعة : أي : ما دام فيه ، فإذا انصرف عنه . . فغيره ممن سبق أولىٰ[2] ، وعبارة « الوجيز » : السابق لا يزعج قبل قضاء وطره .

قال : (**فإن طلب زيادة**) علىٰ حاجته (. . **فالأصح : إزعاجه**) ؛ لأن إقامته عليه كالتحويط المانع لغيره من الأخذ ، قال الرافعي : ويمكن الفرق بينه وبين مقاعد الأسواق في عدم الإزعاج لشدة الحاجة إلى المعادن .

والثاني : لا يزعج ، ويأخذ بحق السبق ما أراد ؛ لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلىٰ ما لم يسبق إليه . . فهو أحق به » وحمله الأولون علىٰ ما لا يضر بالغير .

قال : (**فلو جاءا معاً . . أقرع في الأصح**) لعدم المزية .

والثاني : يجتهد الإمام ويقدم الأحوج .

والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما ، فإن تشاحا في البداءة . . أقرع بينهما ، فإن وجد تاجر ومحتاج . . فيشبه أن يقدم المحتاج .

وألحق في « التنبيه » بالمعدن الظاهر المباحات كالصيد والسمك ، وما يؤخذ من البحر من اللؤلؤ والصدف ، وما ينبت في الموات من الكلأ والحطب ، وما ينبع من المياه ، وما يسقط من الثلوج ، وما يرمىٰ رغبة عنه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْمَعْدِنُ ٱلْبَاطِنُ ـ وَهُوَ : مَا لاَ يخْرُجُ إلاَّ بِعِلاَجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ ـ

فرع :

ليس للإمام أن يقطع بركة ليؤخذ سمكها ، ولا أرضاً ليؤخذ حشيشها ولا حطبها ؛ إذ لا يدخل في هٰذه الأشياء تحجر ولا إقطاع ، ولو عمر أحد المعدن الظاهر حتىٰ زاد نيله . . لم يصر أحق به .

قال : (**والمعدن الباطن ، وهو : ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ونحاس**) وكذلك الرصاص والبلخش والفيروزج والياقوت والعقيق ، وجميع الجواهر المركوزة في طبقات الأرض .

فأما (النحاس) بضم النون وكسرها فهو : عين القطر الذي أساله الله تعالىٰ لسليمان بن داوود كما ألان الحديد لأبيه ، والظاهر أنه جعله في معدنه عيناً تسيل كعيون الماء دلالة علىٰ نبوته صلى الله عليه وسلم ليستعملها فيما يريد ، وعن ابن عباس : (أجريت له ثلاثة أيام بلياليهن وكانت بأرض اليمن)[١] .

و(الحديد) تولده في الأرض كتولد سائر الأجساد ، وهو أكثر نفعاً من سائر المعادن ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ ﴾ .

وقال ابن عباس : أنزل الله مع آدم من الجنة السندان والمطرقة والكلبتين والإبرة ، هٰذا مذهب المفسرين .

وذهب قوم إلىٰ أن معنىٰ ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ ﴾ : أنشأناه ، كقوله : ﴿ وَأَنزَلَ لَكُم مِّنَ ٱلْأَنْعَٰمِ ثَمَٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ ﴾ .

ومن خواصه العجيبة : أن برادته إذا علقت علىٰ إنسان يغط في نومه . . يزول ذلك عنه .

و(الرصاص) : قال أرسطو : إنه صنف من الفضة ، لٰكن دخل عليه ثلاث آفات رائحة ورخاوة وصرير ، كما تدخل على الجنين في بطن أمه الآفات فيفسد .

ومن خاصته إذا ألقي في قدر لم ينضج لحمها .

وذكر ابن سراقة في « أدب الشاهد » : أن العمل في المعادن مكروه إلا إذا كان قريباً

---

(١) انظر «تفسير القرطبي» (١٤/ ٢٧٠) .

لاَ يُمْلَكُ بِٱلْحَفْرِ وَٱلْعَمَلِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ . . مَلَكَهُ . . . .

لا يفوت الجماعة ولا يخرج به عن الوطن .

قال : (**لا يملك بالحفر والعمل في الأظهر**) كالمعدن الظاهر ، ولأن المعدن يشبه الموات ، والموات لا يملك إلا بالعمارة ، وحفر المعدن تخريب ، وعلىٰ هـٰذا إذا انصرف عنه . . كان غيره أحق به .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : يملك إلى القرار ؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ نيله إلا بتعب ومؤنة فأشبه الموات إذا أحيي .

ومحل القولين إذا قصد التملك ووصل إلى النيل ، فإذا لم يقصد التملك بل قصد الأخذ والانصراف . . فلا يملكه قولاً واحداً ، وأما قبل الوصول . . فهو كالمتحجر .

وسكوت المصنف عن الإقطاع هنا يفهم جوازه[1] وهو الأظهر ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية جلسيها وغوريها وحيث يصلح للزرع ، رواه مسلم[2] ، وهـٰذه من ناحية الفرع .

قال : (**ومن أحيا مواتاً فظهر فيه معدن باطن . . ملكه**) بلا خلاف ؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ، بخلاف الركاز فإنه مودع فيها .

واحترز بقوله : (فظهر) عما إذا كان عالماً به ثم اتخذ عليه داراً . . فقيل : إن هـٰذا على القولين السابقين ، وقيل : يملكه قطعاً[3] .

وإذا تملك معدناً باطناً فجاء غيره واستخرج منه شيئاً بغير إذنه . . لزمه رده ولا أجرة له ، أما بيعه . . فالأصح : منعه ؛ لأن المقصود النيل وهو مجهول وفي معناه الهبة ، قال في « البحر » : لـٰكن ترتفع يده بالهبة لا بالبيع .

ولو اشترىٰ داراً فوجد فيها معدناً باطناً . . فهو للمشتري ، بخلاف الركاز .

---

(١) في هامش (ك) : (وليس كذلك ، قال الزركشي : والظاهر أن هـٰذا في إقطاع التمليك ، أما إقطاع الأزقاق . . فيجوز ؛ لأنه ينتفع به ولا يضيق علىٰ غيره ، وفيما قاله نظر) ، ورمز إلى قوله : (فيجوز) بالصحة .

(٢) الحاكم (٣/ ٥٩٣)، وأبو داوود (٣٠٥٧)، وأحمد (٢٧٨١) .

(٣) في هامش (ك) : (الأصح : أنه لا يملكه) .

وَٱلْمِيَاهُ ٱلْمُبَاحَةُ مِنَ ٱلأَوْدِيَةِ وَٱلْعُيُونِ فِي ٱلْجِبَالِ يَسْتَوِي ٱلنَّاسُ فِيهَا ، . . . .

تنبيه :

تقييده بالباطن يفهم أنه لو حصل معدن ظاهر . . لا يملكه ، وبه صرح شراح « الحاوي » وليس كذلك ، فقد حكى الإمام فيه الإجماع كما تقدم في أول الفصل ، فالصواب حذف لفظة (باطن) .

قال الشيخ : لم يرد أنه لا يملك الظاهر ، بل يملكه ملكاً مؤبداً قطعاً ؛ لإجماع الأصحاب علىٰ أن من أحيا أرضاً مواتاً ملكها بجميع أجزائها ، وصرح كثير بملك النوعين بذلك ، منهم الإمام والماوردي والدارمي وابن الصباغ وغيرهم ، ولم يذكر في « البسيط » ولا « الوسيط » لفظة (الباطن) .

ولو قال المالك : اعمل فيه وما استخرجته فهو لك ، أو قال : استخرج لنفسك . . فالحاصل لمالك المعدن ؛ لأنه هبة مجهول ، والأصح أنه يستحق الأجرة .

قال : (**والمياه المباحة من الأودية والعيون في الجبال يستوي الناس فيها**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار » رواه أبو داوود [٣٤٧١] .

وفي « ابن ماجه » [٢٤٧٣] : « ثلاث لا يمنعن » فذكره .

فلا يجوز تحجرها لأحد ، ولا للإمام إقطاعاً بالإجماع ، ولا بيعها ، وإن حضر اثنان فصاعداً . . أخذ كل ما يشاء ، فإن ضاق . . قدم السابق ، فإن جاءا معاً . . أقرع ، ويقدم طالب الشرب علىٰ طالب السقي .

والمراد بالمباح ما لا مالك له كالنيل والفرات ودجلة .

واحترز به عن المملوكة بأن حفر رجل نهراً يدخل فيه الماء من الوادي أو النهر المتخرق منه . . فالماء باق علىٰ إباحته لـٰكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه ، فليس لأحد مزاحمته بسقي الأرضين ، وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب . . فيجوز ما لم يضر به ، ولو جهل أمره بأن وجد نهر تسقىٰ منه أراضٍ ولم يدر هل انخرق بنفسه أو حفر . . فالأصح ـ وبه جزم الشيخان ـ : الحكم بأنه مملوك .

فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ . . سُقِيَ ٱلأَعْلَىٰ فَٱلأَعْلَىٰ وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ ٱلْمَاءَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكَعْبَيْنِ ، . . . .

ويستثنىٰ من إطلاقه ما لو كان عليه قاطنون فأهل النهر أولىٰ به ، قاله[1] القاضي أبو الطيب .

قال : (**فإن أراد قوم سقي أراضيهم منها فضاق . . سقي الأعلىٰ فالأعلىٰ**) حتىٰ لو كان زرع الأسفل يهلك إلىٰ أن ينتهي الماء إليه لم يجب علىٰ من فوقه الإرسال إليه ، بل يحبس الماء إلىٰ أن يبلغ الكعبين ؛ لما روى الحاكم [٢/ ٦٢] عن عائشة وأبو داوود [٣٦٣٤] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ بذلك في سيل مهزور ـ بتقديم الزاي ـ ومذنب ، وهما موضعان بالمدينة) وروى ابن ماجه [٢٤٨٢] قريباً من ذلك .

مهمة :

المراد بـ(الأعلىٰ) الذي لم يتقدمه أحد ، وبالثاني الذي أحيي بعد الأول ، وليس المراد بالثاني الأقرب إلىٰ أصل النهر فالأقرب ، بل الاعتبار بالسبق ، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحبا « المهذب » و« الشافي » .

وفي « مغني الحنابلة » : وكثير من الناس يغلطون في ذلك ويجمدون علىٰ ظاهر قولهم : الأعلىٰ فالأعلىٰ ، وإنما خرج ذلك على الغالب ، وبعضهم يقول : الأول فالأول ، والمراد : أول إحياء ، وما أوهم خلاف ذلك من كلام الماوردي وابن الصباغ مؤول .

قال : (**وحبس كل واحد الماء حتىٰ يبلغ الكعبين**) أي : يبلغ الجانب الأعلىٰ منهما كما في آية الوضوء ؛ لما روى الشيخان [خ ٢٣٦٠ـ م ٢٣٥٧] وأصحاب السنن[2] من حديث عبد الله بن الزبير : أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) أخرجه أبو داوود (٣٦٣٢) ، والترمذي (١٣٦٣) ، والنسائي (٨/ ٢٣٨) ، وابن ماجه (١٥) .

يسقون بها النخل ، فقال الأنصاري : سرح الماء يمر فأبىٰ عليه ، فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال صلى الله عليه وسلم للزبير : « اسق يا زبير حتىٰ تبلغ الكعبين ، ثم أرسل الماء إلىٰ جارك » فغضب الأنصاري فقال : أن كان ابن عمتك ، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : « اسق يا زبير ، ثم احبس الماء حتىٰ يرجع إلى الجدر » فأولاً أمره بأخذ بعض حقه ، وثانياً أمره باستيفائه ، والذي قاله المصنف هو ما ذهب إليه الجمهور .

وقيل : يرجع فيه إلى العادة ، وهي تختلف باختلاف الأرض وما فيها من زرع ، وبالزمان كما جزم به المتولي والماوردي ، وقواه الشيخ .

وقيل : لا يقدم الأعلىٰ ، بل يسقون بالحصص ، وهو غريب بل غلط .

واحترز بقوله أولاً : (ضاق) عما إذا لم يضق بأن كان يكفي الجميع ، فإن كلا يسقي ما شاء متىٰ شاء ، وربما يظن أن الأنهار الكبار لا تحتاج إلىٰ هـٰذا الترتيب فيها لسعتها وليس كذلك ، فإن أعظم الأنهار نيل مصر وسقي بلادها منه يحتاج إلىٰ ضبط بالجسور ونحوها لترویٰ بلادها ، وإلا . . فيضيع علىٰ بعضها ، وكذلك أنهار الشام بالنسبة إلىٰ بساتينها ودورها .

قال : (**فإن كان في الأرض ارتفاع وانخفاض . . أفرد كل طرف بسقي**) وطريقه : أن يسقي المنخفض أولاً حتىٰ يبلغ الكعبين ، ثم يسده ويسقي المرتفع ، لأنهما لو سقيا معاً . . لزاد الماء في المنخفضة على القدر المستحق ، بل طريقه : أن يسقي المنخفض حتىٰ يبلغ الكعبين ، ثم يسد ويسقي المرتفع .

قال الشيخ : والظاهر أنه لا يتعين البداءة بالأسفل ، بل لو عكس . . جاز ، ومرادهم لئلا يزيد في المستفلة على الكعبين ، ولو سقى الأول ثم احتاج إلى السقي مرة أخرىٰ . . مكن منه في الأصح .

وعمارة حافات هـٰذه الأنهار من بيت المال .

ولو أراد رجل إحياء أرض وسقيها من هـٰذا الماء ، فإن ضيق على الباقين . . منع ، وإلا . . فلا .

وَمَا أُخِذَ مِنْ هَـٰذَا ٱلْمَاءِ فِي إِنَاءٍ . . مُلِكَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ أَوْلَىٰ بِمَائِهَا حَتَّىٰ يَرْتَحِلَ . . . .

قال : (**وما أخذ من هـٰذا الماء**) أي : المباح (**في إناء . . ملك على الصحيح**) كالاحتطاب والاحتشاش ، ولا يجب بذله إلا لمضطر ، وكذلك إذا وضعه في حوض مسدود المنافذ . نقل عن ابن المنذر فيه الإجماع ، ولا يجب بذله إلا لمضطر ، ومقابله وجه ضعيف يحكىٰ عن أبي إسحاق : أنه لا يملك بحال ؛ لأن الناس شركاء فيه .

واحترز بـ(المأخوذ في إناء) عن الداخل في ملكه بسيل ؛ فإنه لا يملك بدخوله في الأصح .

وخص المتولي الوجهين بماء المطر إذا اجتمع في أرضه ، وجزم بأنه لا يملك ماء السيل بدخوله في أرضه ، وهـٰذا إن صح كان وجهاً ثالثاً .

وقال ابن الصلاح : إذا دخل الماء في كيزان الدولاب الذي يديره الماء . . ملكه صاحب الدولاب كما لو استقىٰ بنفسه ، وكذا لو أدارته دابة من طريق أولىٰ ، ولو أخذه ثم أعاده إليه . . لا يصير شريكاً في النهر باتفاق الأصحاب .

قال : (**وحافر بئر بموات للارتفاق أولىٰ بمائها حتىٰ يرتحل**) المراد أولىٰ بما يحتاج إليه من مائها لسقيه وماشيته وزرعه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلىٰ ما لم يسبق إليه مسلم . . فهو أحق به » فإذا ارتحل . . صارت كالمحفورة للمارة ، فلكل أحد الشرب منها ويسقي الزرع ، فإذا عاد حافرها . . فهو فيها كغيره .

والمراد بقوله : (للارتفاق) : ارتفاق نفسه ، أما الحفر لارتفاق المارة . . فهو كأحدهم ، وكذا الحافر بلا قصد في الأصح .

والمراد بكونه (أولىٰ بمائها) : فيما يحتاج إليه له ولماشيته وزرعه لا مطلقاً ، فليس له منع ما فضل عنه عن المحتاج إليه للشرب إذا استقىٰ بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه ، وله منع غيره من سقي الزرع به ، وفيه احتمال للإمام .

وَٱلْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ . . يُمْلَكُ مَاؤُهَا فِي ٱلأَصَحِّ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لاَ . . لاَ يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ ، وَيَجِبُ لِمَاشِيَتِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . . . .

قال : (**والمحفورة**) أي : في الموات (**للتملك أو في ملك يملك ماؤها في الأصح**) ؛ لأنه نماء ملكه كالثمرة واللبن ، ولأن الركاز له فالماء أولىٰ .

والثاني ـ وهو قول أبي إسحاق ـ : لا يملكه ؛ لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء في ثلاث » .

ويجري الخلاف فيما لو انفجرت عين في ملكه ، وفي كل ما ينبع في ملكه من القير والنفط والمومياء والملح ، والمنصوص[1] أنه يملكه ، وقال أبو إسحاق : لا .

واحترز بـ(المحفورة للتملك) عما إذا حفرها لمارة أو حفرها بلا قصد ، والأصح أنه لا اختصاص له ، والناس فيها سواء .

قال : (**وسواء ملكه أم لا . . لا يلزمه بذل ما فضل عن حاجته لزرع**) ؛ لأنه لا يجب سقيه ، وقيل : يجب إذا احتاج الزرع إليه ، وهو رواية عن أحمد ؛ لما روى الأربعة[2] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن منع فضل الماء) .

قال : (**ويجب لماشيته على الصحيح**)[3] ؛ لما روى الشافعي [شم ١/٣٨٢] عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ . . منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » وفيه إشارة إلىٰ أن الكلأ من رحمة الله ، فكما منعه بمنع الماء منعه الله من رحمته ، وفيه إشارة إلىٰ تحريمه ؛ لأن رحمة الله تعالىٰ لا يمنعها إلا معصيته ، فلما كان فضل الماء مانعاً من الرحمة . . كان معصية ، وخالفت البهائم الزرع ؛ لما للروح من الحرمة بدليل وجوب سقيها بخلاف الزرع .

والثاني : لا يجب ؛ لعموم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) أبو داوود (٣٤٦٧) ، والترمذي (١٢٧٢) ، والنسائي (٧/ ٣٠٧) ، وابن ماجه (٢٤٧٨).

(٣) كذا في النسخ ، وفي نسخ « المنهاج » : (ويجب لماشية على الصحيح) ، ولعله الصواب ، والله أعلم .

(٤) أخرجه البيهقي (٦/ ١٠٠) ، والدارقطني (٣/ ٢٥) ، وأبو يعلىٰ (١٥٧٠) ، وغيرهم .

. . . .

وكما لا تجب إعارة الدلو والرشاء وبذل الماء المحرز في الأواني ، والحديث محمول على الاستحباب .

تنبيهات :

أحدها : قول المصنف : (على الصحيح) يمكن عوده إلىٰ عدم الوجوب للزرع والوجوب للماشية ، فإن الخلاف فيهما ، والتصحيح مختلف .

الثاني : للوجوب في الماشية شروط :

أن يكون فاضلاً عن حاجته كما تقدم ، فإن لم يفضل . . لم يجب بلا خلاف ؛ لأن الوعيد إنما جاء في بذل الفضل ، فإن لم يحتج إليه في الحال ولـٰكن يحتاج إليه في ثاني الحال . . لزمه بذله ؛ لأنه قد يستخلف .

وأن لا يجد للماشية ماء مباحاً ، ووقع في كلام الرافعي : كلأً مباحاً ، وهو سبق قلم .

وأن يكون بقرب الماء كلأ ترعاه المواشي ، فإن لم يكن . . لم يجب .

وأن لا يكون عليه في وصول ماشيته إلى الماء ضرر لزرع ولا شجر ، فإن استضر . . لم يلزمه التمكين .

وأن يكون الفاضل لم يحز في إناء أو حوض ، فإن حازه . . لم يلزمه بذل فضله على الصحيح .

الثالث : المراد بـ(البذل) : تمكين صاحب الماشية من الماء ، ولا يلزمه استقاؤه لهم ، ولا تمكينهم من دلوه وحبله وغربه ، بل يسقيه أرباب الماشية بأنفسهم بآلتهم ودلائهم ، وإذا دعت الضرورة إلىٰ إعارة الدلو والرشاء وجب بالعوض ، قاله القاضي حسين .

وأما بذله للرعاء . . فأصح الوجهين وجوبه ؛ لأنهم أولىٰ بذلك من الماشية ، وهو وارد على المصنف ، وإذا قلنا : لا يجب بذله . . كان له بيعه مقدراً بالكيل أو الوزن دون ري الماشية والزرع .

وَٱلْقَنَاةُ ٱلْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ ٱلنَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَساوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْحِصَصِ ، وَلَهُمُ ٱلْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً .

وإذا أوجبنا البذل .. لم يجز لحافر البئر طمها ، فإن انطمت .. لم تلزمه تنقيتها لهم ، فإن أرادوا تنقيتها .. لزمه تمكينهم ليتوصلوا إلىٰ حقهم منه ، وقد يقال : إن حقهم إنما يكون إذا كان فضل ، وعند الانطمام لا ماء ولا فضل ، وتنقيتها تصرف في ملك الغير .

وجوابه أنه تصرف بمصلحة يعود نفعها عليهما وقد تعلق حقه بما هو ممكن منه .

قال : (**والقناة المشتركة يقسم ماؤها بنصب خشبة في عرض النهر فيها ثقب متساوية أو متفاوتة علىٰ قدر الحصص**) ليصل كل إلىٰ حقه ، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق ليأخذ صاحب الثلث ثقباً وصاحب الثلثين ثقبين ، فلو كان لزيد العشر ولعمرو الخمس ولبكر الباقي .. جعل فيها عشر ثقب متساوية ، لزيد واحدة ولعمرو ثنتان ولبكر الباقي .

هـٰذا عند ضيق الماء ، فإن اتسع بحيث يحصل لكل واحد قدر حاجته .. فلا حاجة لذلك .

قال الرافعي : والقناة كالبئر في ملك الماء ووجوب البذل وغيرهما ، إلا أن حفرها لمجرد الإرفاق لا يكاد يتفق ، ومهما اشتركوا في الحفر .. اشتركوا في الملك كما في النهر .

وقوله : (ثقب) ضبطه المصنف بالثاء المثلثة ، ولو قرىء بالنون .. لصح ، وعبارة أبي الطيب : حفر .

وجميع ما تقدم إذا علم مقدار الحصص ، فإن جهل .. قسم علىٰ قدر الأرض ؛ لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك على الأصح في زوائد « الروضة » .

والثاني : علىٰ عدد الرؤوس ؛ لأنه في أيديهم .

قال : (**ولهم القسمة مهايأة**) ليسقي هـٰذا يوماً وذا يوماً ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ وكقسمة سائر الأملاك المشتركة ، وقد يكون الماء قليلاً لا ينتفع به إلا كذلك .

. . . .

وقيل : لا تصح القسمة إلا بالمهايأة ؛ لأن الماء يقل ويكثر ، وتختلف فائدة السقي بالأيام ، فلو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها شرب من هـٰذا النهر . . منع منه ؛ لأنه يحدث شرباً لم يكن .

و(مهايأة) حال من القسمة ، ومجيء الحال من المبتدأ منعه أكثر النحويين ، لـٰكن سيبويه أجازه فيخرج عليه كلام المصنف .

والمراد بـ(المهايأة) : أمر يتهايأ القوم عليه ، أي : يتراضون .

فرع :

الماء المملوك في البئر والقناة المملوكين على القول بأنه مملوك لا يصح بيعه ؛ للجهالة والاختلاط .

وإذا باع واحد من الشركاء في النهر الأرض المملوكة له مطلقاً . . لم يدخل الشرب في البيع ؛ لأنه ملك منفصل عنه لا يتناوله إطلاق الاسم ، فإن قال : بحقوقها الداخلة فيها والمنفصلة عنها . . دخل .

قال الشيخ : وبيع حق الماء من الأمور التي تعم بها البلوىٰ في الشام ؛ فإن غالب بيوتها لها حقوق فيه من مجار وقنوات تنتهي إلى الأنهار الكبار ، فإن بيعت الدار بحقوقها . . فلا إشكال في ذلك ، وإن اقتصر علىٰ بيع الماء ، فمتىٰ وقع العقد علىٰ ذلك . . فهو باطل[1] .

قال : والوراقون يحتالون في كتابة ذلك فيجعلون المبيع جزءاً معلوماً من خشبة يجري فيها الماء وما لها من الحقوق ، وكل ذلك باطل ؛ لأن ذلك لا يمكن ضبطه بجزء معلوم من البئر ، وأيضاً النهر غير مملوك لبيت المال ولا لغيره ، بل هو مباح لجميع الخلق . . فلا يجوز بيعه لاشتداد الحاجة إليه ، كما أجمعوا على المنع من إقطاع مشارع الماء لاحتياج الناس إليها ، فإذا وجدنا نهراً صغيراً بيد قوم مخصوصين مستولين عليه دون غيرهم . . فهو ملكهم يتصرفون فيه بما شاؤوا ، وإن لم يكن ملكاً لـٰكن فيه مشارب لقوم مخصوصين . . فحقوقهم فيه علىٰ تلك المشارب يتصرفون فيها بالطريق الشرعي .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحة ما قاله الشيخ .

. . . .

عجيبة :

في أحد واديي خيبر عين تسمى الحمة ، وهي التي سماها النبي صلى الله عليه وسلم قسمة الملائكة ، يذهب ثلثا مائها في فلج والثلث الآخر في فلج آخر والمسلك واحد ، وقد اعتبرت من زمان النبي صلى الله عليه وسلم إلىٰ اليوم تطرح فيها ثلاث خشبات أو ثلاث تمرات فتذهب اثنتان في الفلج الذي له ثلثا مائها وواحدة في الفلج الثاني ، ولا يقدر أحد أن يأخذ من ذلك الفلج أكثر من الثلث ، ومن قام في الفلج الذي يأخذ الثلثين ليرد الماء إلى الفلج الثاني . . غلبه الماء إلى الفلج الثاني وفاض ولم يرجع إلى الفلج الثاني شيء يزيد على الثلث ، قاله البكري وغيره[١] .

و(الفلج) : النهر الصغير .

تتمة :

قال المتولي : إذا ملك أرضاً وأراد زراعتها ولا يمكن إلا بسوق الماء من أرض جاره بأن يحفر نهراً علىٰ وجه الأرض . . لا يلزمه تمكينه ، ويخالف مسألة الجذوع ؛ لأنه لا يعطل عليه منفعة الجدار بوضع الجذوع ، فإنه يمكنه أن ينتفع بسطحه ورأس الجذع على الحائط كما كان ينتفع به قبل ذلك ، وهنا تتعطل المنفعة على الجار ، أما إذا أراد أن يحفر تحت الأرض طريقاً للماء في أرض غيره فهل يلزمه تمكينه؟ وجهان :

أصحهما : لا ؛ لأن باطنها ملكه كظاهرها .

والثاني : يلزمه التمكين ؛ لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق نهراً ، فأراد أن يمر به في أرض لمحمد بن مسلمة فمنعه ، فرفع الأمر إلىٰ عمر فقال : (لم تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك؟ فأبىٰ ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو علىٰ بطنك)[٢] .

والجواب : أن هـٰذه القصة منقطعة الإسناد ، وأجاب البيهقي بأن عمر خالفه ابن مسلمة .

* * *

(١) معجم ما استعجم (٢/ ٥٢٢) .

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٦) ، والشافعي في « المسند » (١/ ٢٢٤) ، والبيهقي (٦/ ١٥٧) .

. . . .

خاتمة

عن أبي حنيفة : لا حريم للنهر ، وعن أبي يوسف ومحمد : له حريم ، وهو مذهبنا .

قال الشيخ : ورأيت في ديار مصر من الفقهاء من يستنكر العمائر التي علىٰ حافات النيل ويقول : لا يجوز إحياؤها ، وهـٰذا عمت به البلوىٰ في جميع البلدان ، وإذا رأينا عمارة علىٰ حافة نهر . . لا نغيرها ؛ لاحتمال أنها وضعت بحق ، وإنما الكلام في الابتداء أو ما عرف حاله .

ويجوز الشرب من الجداول والأنهار المملوكة ، والتوضؤ منها وسقي البهائم إذا لم يضر بأهلها ؛ إقامة للإذن العرفي فيه مقام اللفظي ، قاله الشيخ عز الدين في « القواعد »[1] .

قال : فلو أورد ألفاً من الإبل علىٰ جدول ضعيف فيه ماء يسير . . فلا أرىٰ جواز ذلك فيما زاد على المعتاد . اهـ

فلو كان النهر لمن لا يعتبر إذنه كاليتيم والأوقاف العامة . . ففيه وقفة ؛ لأن صريح إذن المستحق لا يؤثر هنا ، فكيف يؤثر ما قام مقامه من العرف؟![2]

وإذا سقىٰ أرضه بماء مملوك لغيره . . فالغلة لصاحب الأرض ، قال الرافعي والمصنف : وعليه قيمة الماء ، ولعل مرادهما : البدل ؛ فإن الماء مثلي .

قال الحناطي : ولو استحل من صاحب الماء . . كان الطعام أطيب ، يعني مع غرامة البدل[3] .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الظاهر : أنه مسامح به) .

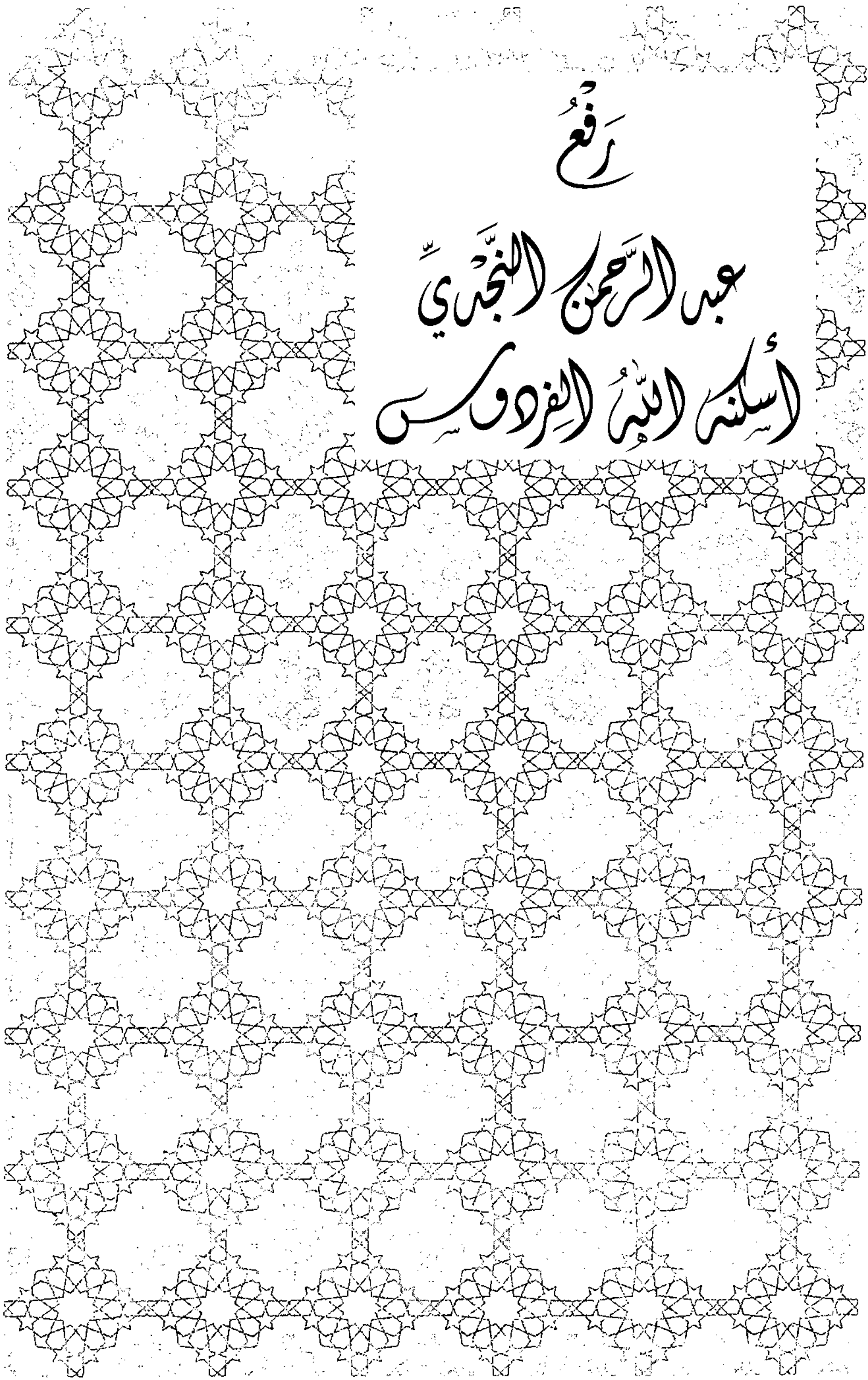
(٣) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

رفع

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

كتاب الوقف



رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

كِتَابُ ٱلْوَقْفِ

كتاب الوقف

هو مصدر وقف يقف وقفاً ، ومنه : ﴿ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ ﴾ ، ويرادفه : التحبيس والتسبيل، والفصيح: وقف ، ولا يقال : أوقف إلا في لغة شاذة تميمية وعليها العامة.

وهو من القرب المندوب إليها بأدلة خاصة .

قال الشافعي : ولم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً ، وإنما حبس أهل الإسلام ، يعني هـٰذا التحبيس المعروف ، وهو إشارة منه إلىٰ أنه حقيقة شرعية ، ويدل علىٰ مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب . . فعموم قوله تعالىٰ : ﴿ لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ ، ولذلك لما سمعها أبو طلحة . . رغب في وقف بيرحاء وهي أحب أمواله إليه[(١)] .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا مات ابن آدم . . انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » رواه مسلم [١٦٣١] .

والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف ، وأصرح منه ما في « الصحيحين » [خ ٢٧٣٧ـ م ١٦٣٣] : أن عمر أصاب أرضاً بخيبر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » فتصدق بها عمر علىٰ أن لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب ، والمشهور أنه أول وقف وقف في الإسلام .

وقيل : وقف النبي صلى الله عليه وسلم قبله أموال مخيريق التي أوصىٰ بها له في السنة الثالثة[(٢)] .

واشتهر اتفاق الصحابة على الوقف قولاً وفعلاً ، فوقف عمر وعثمان وزيد بن ثابت

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦١) .

(٢) ابن سعد في « الطبقات الكبرى » (١/ ٥٠١) ، وأورده ابن هشام في « السيرة » (٣/ ٥١) .

وعبد الله بن عمر وأنس[1] وفاطمة والزبير بن العوام وحكيم بن حزام والأرقم والمسور بن مخرمة وجبير بن مطعم وعمرو بن العاصي ، وغيرهم أكثر من ثمانين رجلاً كلهم تصدقوا بصدقات موقوفات .

قال الشافعي : وأكثر دور مكة وقف ، ووقف علي البغيبغة وهي ضيعة بالمدينة لآل جعفر ، قاله ابن سيده ، وقال البكري : إنها بالينبع .

وقال أبو حنيفة : الوقف لا يصح ، بمعنىٰ : أنه لا يلزم ، بل لا بد أن يحكم به قاض ؛ تمسكاً بما روي عن شريح أنه قال : لا حبس عن فرائض الله تعالىٰ ، والشافعي حمله على الوقف على النفس .

وكان إسماعيل بن اليسع قاضياً بمصر يرىٰ رأي أبي حنيفة في ذلك ، فأرسل الليث بن سعد إلىٰ هارون الرشيد : إنا لم ننقم عليه ديناراً ولا درهماً ، ولـٰكن أحكاماً لا نعرفها ، فأرسل هارون كتاباً بعزله .

وقد رجع أبو يوسف عن ذلك لما سمع الحديث وقال : لا يسوغ لأحد أن يخالفه ، ولو انتهىٰ إلىٰ أبي حنيفة . . لقال به .

والوقف في الشرع : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، ممنوع من التصرف في عينه ، وتصرف منافعه إلى البر تقرباً إلى الله تعالىٰ .

قال : (**شرط الواقف : صحة عبارته**) أركان الوقف أربعة : الوقف ، والموقوف ، والموقوف عليه ، وصيغة الوقف ، ولذلك ذكرها المصنف ؛ فيجب أن يكون صحيح العبارة : فلا يصح وقف صبي ومجنون بالاتفاق ؛ لأنه تصرف مالي ، ومن يقول بصحة وصية الصبي والسفيه لا يطرده في الوقف ؛ لأن الوقف منجز فيتضرران به بخلاف الوصية ، وشمل ذلك[2] ما لو بنىٰ ذمي مسجداً . . ففي « فتاوى البغوي » : أن ذلك جائز وإن لم يكن يعتقده قربة اعتباراً باعتقاد المسلمين ، كما لو باع الشحم . . يجوز وإن كان لا يعتقد جوازه ، قال : ويحتمل أن لا يصح ، وهـٰذا

---

(١) انظر « سنن البيهقي الكبرى » (٦/١٦١) .
(٢) نص الكلام في (ب) : (قال : « شرط الواقف : صحة عبارته » وشمل ذلك . . .) .

الاحتمال منقول عن الواحدي في تفسير قوله تعالىٰ : ﴿ مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَن يَعْمُرُوا مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ ﴾ ، وهـٰذا بخلاف العتق والتدبير ؛ فإنهما يصحان منه ، لأنه يعتقدهما قربة[1] ، وهما عندنا كذلك .

قال : (**وأهلية التبرع**) فلا يصح من المبذر والمكاتب ، وهـٰذا أحسن من قول « التنبيه » : ممن يصح تصرفه ؛ فإن المكاتب يصح تصرفه ولا يصح وقفه ، علىٰ أن المصنف لو اقتصر علىٰ أهلية التبرع . . لاستغنىٰ عن الأول .

وشملت عبارته : صحة وقف المبعض ؛ لأنه يصح تبرعه ، وصحة وقف ما لا يقدر علىٰ تسليمه في الحال ، فيصح وقف المغصوب كعتقه ، قاله الجوري وغيره .

وكذلك وقف المريض مرض الموت وإن كان معتبراً من الثلث ، لـٰكن يستثنىٰ ما يقفه الإمام من أراضي بيت المال ، صرح بجوازه القاضي حسين ، وبه أفتى ابن أبي عصرون نورَ الدين الشهيد متمسكاً بوقف عمر السواد ، ونقله ابن الصلاح في « فوائد رحلته » عن عشرة أو يزيدون ، ثم وافقهم علىٰ صحته ، ونقل في « المطلب » في (باب قسم الفيء والغنيمة) صحته عن النص ، والصحة في الجهة العامة أولىٰ من المعين .

وقال ابن عبد السلام : للملوك أن يقفوا ما لهم أن يملكوه ابتداء علىٰ جهة الخير ما تستحقه تلك الجهة كالمدارس والربط ، دون ما لا يجوز لهم تملكه كوقف الضياع علىٰ أولادهم وأمرائهم ؛ فإنه لا يجوز[2] .

ولو وقفوا علىٰ جهة أكثر ما تستحقه كنصف إقليم علىٰ مدرسة . . صح في قدر ما تستحقه دون غيره .

قال الشيخ : والذي أراه : أنه لا يجوز أن يقف من بيت المال علىٰ شخص أو أشخاص ، ولا علىٰ طائفة أو طوائف خاصة ؛ تمسكاً بقول الأصحاب : شرط

---

(١) هـٰذه العبارة زيادة من (ب) ، وهي فيها : (لأنه لا يعتقدهما قربة) ، والتصويب من « فتاوى ابن الصلاح » (٢/ ٦٣٣) .

(٢) في هامش (ك) : (الراجح : الجواز مطلقاً) .

الموقوف أن يكون مملوكاً للواقف ، والواقف هنا ليس بمالك ، فكيف يصح وقفه[1]؟ وكذلك حكم ما يقفه الإمام من رقاب أراضي الفيء ، نص عليه وجرىٰ عليه الجمهور ، وكذا ما يقفه الحاكم من بدل الموقوف عند تلفه ، وما يقفه من ريع اشترط أن يشتري به ويوقف ، فكل هـٰذا صحيح من غير أهل تبرع فيه .

قال : (**والموقوف دوام الانتفاع به**) ؛ لأن الوقف إنما يراد للداوم ، لأنه صدقة جارية قال صلى الله عليه وسلم : « حبس الأصل »[2] وما لا يدوم النفع به لا أصل له يحبس .

وشرط المنفعة : أن تكون مباحة مقصودة ، فلا يصح وقف آلات الملاهي جزماً وما لا يقصد بيعه كالدراهم والدنانير للتزيين على الأصح المنصوص .

وقيل : فيه وجهان مبنيان علىٰ صحة إجارتهما إن صححناها . . صححناه ، ويصح وقف الحلي للبس النساء .

ولا يشترط وجود المنفعة حالاً ، بل يجوز إن كانت منتظرة كالأرض الخراب والعبد والجحش الصغيرين ، وكذلك الكبير المغصوب كما تقدم ، وأورد علىٰ هـٰذا الضابط : المدبر ومعلق العتق بصفة ؛ فإنه يصح وقفهما مع أنه لا يدوم النفع بهما ، فإنهما يعتقان بموت السيد كما سيأتي قريباً ، وكذا لو استأجر للبناء والغراس فبنىٰ أو غرس ثم وقفه . . فإنه يصح وإن لم يدم النفع به .

فرع :

أجر أرضه ثم وقفها . . قال الشيخ أبو علي والماوردي والروياني : يصح ، وكذلك صححه في « أصل الروضة » ، وبه أفتى ابن الصلاح ؛ لأنه مملوك بالشرائط ، وليس فيه إلا العجز عن صرف المنفعة إلىٰ جهة الوقف في الحال ، وذلك لا يمنع الصحة كوقف المغصوب ، وهـٰذه حيلة لمن يريد إبقاء ثمرة الموقوف عليه لنفسه مدة بعد

(١) في هامش (ك) : (ضعيف والأصح : الصحة) .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن » (٦/ ١٦٢) ، و« الشعب » (٣/ ٢٤٧) .

الوقف ، لـٰكن في « فتاوى القفال » : أنه مخرج على الوقف المنقطع الأول[١] .

قال : (**لا مطعوم**) ؛ لأن منفعته في استهلاكه ، ومقصود الوقف الدوام .

قال : (**وريحان**) ؛ لسرعة فساده ، هـٰذا في الرياحين المحصودة ، أما المزروعة . . فالظاهر ـ كما قال ابن الرفعة[٢] ـ : صحة وقفها للشم ؛ لأنها تبقىٰ مدة[٣] .

وفهم من تمثيله بـ(الريحان) المشموم الذي ينتفع به على الدوام كالعود[٤] ونحوه يصح وقفه[٥] .

قال : (**ويصح وقف عقار**) بالإجماع ، سواء في ذلك المقسوم والمشاع .

وأشار في « الأم » إلىٰ أنه لا بد من ضبط الشهود له بالحدود الأربعة كما في البيع ، وبه صرح الماوردي وغيره[٦] ، وقد تقدم في (الأصول والثمار) عن الماوردي : أنه لا يكفي ذكر حد ولا حدين ، فإن تميزت بذكر الحدود الثلاثة . . صح البيع ، وإلا . . لم يصح ، فليكن هنا كذلك ، لـٰكن في « فتاوى الغزالي » : إذا قال للشهود : اشهدوا علي أني وقفت جميع أملاكي ، وذكر مصرفها ولم يحدد شيئاً منها . . صارت جميع أملاكه التي يصح وقفها وقفاً ، ولا يضر جهل الشهود بالحدود ، ولا سكوته عن ذكرها ، ومهما شهد الشهود على هـٰذا اللفظ . . ثبت الوقف[٧] .

قال : (**ومنقول**) ؛ لإجماع المسلمين علىٰ صحة وقف الحصر والمصابيح في المساجد من غير نكير ، وقال صلى الله عليه وسلم : « وأما خالد . . فإنكم تظلمون

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٢) في هامش (ك) : (تبعاً للنووي في « شرح الوسيط ») .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (من غير حرقه) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٦) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٧) رمز في هامش (ك) لصحته .

خالداً ؛ فإنه احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله » رواه الشيخان [خ ١٤٦٨ـ م ٩٨٣] من حديث أبي هريرة .

قال القاضي حسين : الأعتاد الخيل ، وتؤيده رواية : « وأفرسه » ذكرها صاحب « التقريب » .

وقال الشيخ : الصواب : أعتده ، وهي جمع عتاد وهو : كل ما أعده من السلاح والدواب كما قاله الخطابي وجماعة ، ورواه المتولي وغيره بالباء جمع عبد ، وقال الحافظ أبو بكر بن المُفوِّز : إنه الأصح المحفوظ في الرواية .

وقال أبو حنيفة : لا يصح وقف الحيوان ، وعنه : ولا وقف الكتب ، ومنع مالك وقف المنقول مطلقاً .

قال : (ومشاع) ؛ لأن عمر رضي الله عنه وقف مئة سهم اشتراها من خيبر وكانت مشاعاً ، رواه الشافعي [١/٣٠٨] وغيره[١] .

وروى البيهقي [٦/١٦٢] : أن الحسن أو الحسين وقف أشقاصاً من دور ، فأجاز ذلك العلماء ، وسواء في ذلك العقار[٢] والمنقول .

قال ابن الرفعة : هـٰذا مما يمكن الانتفاع به مع الإشاعة ، فإن لم يكن كوقف نصف من دار أو أرض مسجداً . . فالظاهر : أنه لا يصح[٣] ، وإذا صح وقف المشاع . . لا تثبت للشريك الشفعة فيه كما تقدم ، وقد تقدم عن ابن الصلاح أنه أفتىٰ بصحة وقف المشاع مسجداً[٤] ، وثبت للبقعة أحكام المسجد ، فلا يجوز للجنب المكث فيها ، وتجب القسمة لتعينها طريقاً إلى الانتفاع بالموقوف ، والذي قاله ابن الصلاح جزم به ابن الصباغ في « الكامل » بالكاف .

(١) البخاري (٣٦٠٤) ، ومسلم (١٦٣٣) بنحوه .
(٢) في هامش (ك) : (قال الأصمعي : العقار : عبارة عن الأراضي والدور والشجر) .
(٣) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال الشيخ : وقوله بوجوب القسمة مخالف للمنقول ، إلا أن يكون في المسألة بخصوصها نقل صريح .

قال : ووقفت علىٰ فتيا الشيخ شرف الدين البارزي رحمه الله : أنه إذا صح وقفه . . يجوز للجنب المكث فيه ما لم يقسم ، كما يجوز للجنب حمل المصحف مع أمتعة[1] .

قال : وهـٰذا غير صحيح ؛ لأن محل جواز حمل المصحف إذا لم يكن مقصوداً .

ولو وقف نصف عبد ثم أعتق باقيه . . لم يسر للوقف ؛ لأنه لا يقبل العتق .

ويجوز وقف الفحل للضراب ، ووقف الأشجار للثمار ، ووقف علو الدار دون سفلها وبالعكس .

فرع :

صحح ابن الصلاح والمصنف وقف ما لم يره الواقف ، ولا خيار له عند الرؤية ، ونقله ابن الرفعة عن شيخه الشريف عماد الدين ؛ لأن عمر لم ير سواد العراق ، وبناه بعض مشايخ الزمان على الملك ، إن قلنا للموقوف عليه . . لم يصح ، وإلا . . صح ، وبناه ابن الرفعة علىٰ صحة وقف أحد عبديه .

قال الشيخ : ولم أر من ذكر المسألة غيرهم مع كثرة المطالعة ، وفي أكثر الكتب اعتبار الوقف بالبيع فيقتضي ترجيح المنع ، وعمر يحتمل أنه وكل في وقف السواد من رآه .

ويصح وقف الأعمىٰ وإن لم يصح بيعه[2] ، وقل من تعرض لذلك .

ويصح وقف أسفل الدار دون علوها وعكسه ، سواء وقفه مسجداً أو غيره .

قال : (**لا عبد وثوب في الذمة**) أي : لا وقف ؛ إذ الوقف إزالة ملك ، فصار كما لو أعتق عبداً في الذمة ، سواء كان ذلك في ذمته أو ذمة غيره .

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ وَقْفُ حُرٍّ نَفْسَهُ ، وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غِرَاساً فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا . . فَٱلأَصَحُّ : جَوَازُهُ . . . .

نعم ؛ يجوز التزامه في الذمة بالنذر .

ولا يصح وقف الحمل وإن صح عتقه ، كذا صرح به الماوردي ، ولو وقف حاملاً وقلنا : ليس للحمل حكم[1] . . فالأقرب : أنه على الوجهين في الولد الحادث فيكون ملكاً للموقوف عليه على الأصح .

قال : (**ولا وقف حر نفسه**) ؛ لأن رقبته غير مملوكة وإن قدرنا أن منافعه ملحقة بالأموال ؛ لأن الوقف يشبه التحرير ، وملك المنفعة لا يفيد ولاية التحرير ، وكذا مالك المنفعة لا يجوز أن يقفها ، سواء ملكها مؤقتاً كالإجارة أو مؤبداً كالوصية .

قال : (**وكذا مستولدة وكلب معلم وأحد عبديه في الأصح**) ؛ لأن المستولدة لا تقبل النقل ، والكلب غير مملوك ، وأحد عبديه مبهم فامتنع كالبيع .

والثاني : يصح في المستولدة كما يصح إيجارها ، وفي الكلب إذا قلنا : تصح إجارته ، وفي أحد عبديه بالقياس على العتق ويطالب بالتعيين .

أما غير المعلم . . فلا يصح وقفه جزماً ، وأما القابل للتعليم . . فالظاهر طرد الخلاف فيه .

وأما معلق العتق بصفة . . فيصح وقفه ، فإذا وجدت الصفة . . عتق إن قلنا : الملك للواقف وبطل الوقف ، وإن قلنا : للموقوف عليه . . لم يعتق ويبقى الوقف ، وإن قلنا : لله تعالىٰ . . قال البغوي والرافعي : عتق[2] ، وفي « النهاية » و« البسيط » : لا يعتق .

وأما المدبر . . فيصح وقفه بلا خلاف ، وهو رجوع عن التدبير إن جعلناه وصية ، وإن قلنا : تعليق عتق بصفة . . فكوقف معلق العتق بها .

قال : (**ولو وقف بناء أو غراساً في أرض مستأجرة لهما . . فالأصح : جوازه**) ؛ لأنه مملوك منتفع به مع بقاء عينه ، سواء في ذلك الإجارة الصحيحة والفاسدة .

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ وَقَفَ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ . . ٱشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ ؛ فَلاَ يَصِحُّ علىٰ جَنِينٍ ، . . . .

والثاني : المنع ؛ لأنه معرض للقلع ، واختاره القفال .

ومحل الخلاف : إذا لم يقف رب الأرض أرضه معه ، فإن وقفها . . صح بلا خلاف كما لو اجتمعا على البيع ، وكان الأحسن أن يقول : له ؛ لأجل العطف بـ(أو) .

ثم على القول بالصحة : إذا مضت مدة الإجارة . . فليس للمؤجر تملكه بالقيمة ، بل يتخير بين الأمرين الأخيرين ، فإن قلع . . فهو وقف كما كان ، فيوضع في أرض أخرىٰ ، إلا أن يبقىٰ به نفع ففي هـٰذه الحالة هل يصير مملوكاً للموقوف عليه أو للواقف؟ وجهان لا ترجيح فيهما[1] ، واستبعدهما الشيخ وقال : ينبغي أن يشتري به عقاراً أو جزءاً منه[2] .

وقوله : (مستأجرة) مثال ؛ فإن المستعارة والموصىٰ بمنفعتها له مدة كذلك ، وسيأتي بعد ورقة وشيء حكم ما إذا شرط الواقف صرف أجرة الأرض من ريع الوقف .

قال : (**فإن وقف علىٰ معين واحد أو جمع . . اشترط إمكان تمليكه**) أي : في الحال ولو ذمياً وفاسقاً وغنياً ، ثم إن الوقف تمليك للمنفعة .

وعبر في « الروضة » بدل (جمع) بـ(جماعة) وهو أحسن ؛ لدخول الاثنين .

وخرج بـ(إمكان التمليك) ما إذا وقف علىٰ أولاده ولا ولد له حالة الوقف . . فإنه يبطل بخلاف الوصية ، وكذا لو وقف علىٰ فقراء أولاده وليس فيهم فقير ، فإن كان فيهم فقير وغني . . صرف إلى الفقير ، ويصرف إلىٰ من افتقر من بعده ، قاله البغوي .

قال : (**فلا يصح علىٰ جنين**) ؛ لأن الوقف تمليك وإثبات حق ناجز فأشبه الهبة ، وليس كالوصية ؛ لأنها تتعلق بالمستقبل ، وفي وجه غريب : أنه يصح كالإرث ، حكاه في « البحر » .

---

(١) في هامش (ك) : (أرجحهما : أولهما ، وهـٰذا محمول علىٰ ما إذا لم يمكن الشراء المذكور) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وإذا لم يصح في الجنين في البطن . . فعلىٰ جنين سيحدث أولىٰ بالمنع ، وقيل : إن كان تابعاً لغيره . . صح ، كما لو وقف علىٰ أولاده وله ولد مجتن . . دخل معهم ، ويوقف نصيبه ، وإن كان مستقلاً . . فلا .

قال : (**ولا على العبد لنفسه**) ؛ لأنه ليس أهلاً للملك ، فإن ملكناه . . صح ، وصرف لسيده كسائر أكسابه ، فإذا عتق . . عاد إليه ، ورده الرافعي بأن محله إذا ملكه سيده ، فأما إذا ملكه غيره . . فلا يملك بلا خلاف ، وحينئذ فإذا كان الواقف غير السيد . . كان الوقف علىٰ من لا يملك ، واعترض عليه بأن الخلاف جار أيضاً في غير السيد كما صرح به الماوردي وغيره .

نعم ؛ يستثنىٰ من ذلك ما إذا وقف علىٰ عبد أوقف علىٰ سدانة الكعبة ، أو قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم . . فإنه يصح على الأصح ، ويستثنى المبعض ؛ فإن الوقف عليه صحيح قطعاً ، قاله ابن خيران[1] .

فلو أراد سيد المبعض أن يقف بعضه الرقيق علىٰ بعضه الحر . . فالظاهر الصحة ، كما لو أوصىٰ لنصفه الحر . . فإنه يصح في الأصح في زوائد « الروضة » ، والمدبر وأم الولد في ذلك كالقن .

والوقف على المكاتب . . قال الشيخ أبو حامد : لا يصح كالوقف على القن ، وقال الماوردي [والمتولي][2] : يصح في الحال[3] ، وتصرف الفوائد إليه ، ويدام حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف ، وإن قال : تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً . . بطل استحقاقه ، وإن عجز . . بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء .

وإن وقف على المكاتبين . . صح وإن لم يعينهم ؛ لأنها جهة قربة ، فإن صرف إليهم فعجز بعضهم . . فالحكم في الاسترجاع كما في الزكاة ، والصورة إذا كان مكاتباً

---

(١) وفي هامش (ك) : (الظاهر في المبعض : أنه إن كانت مهايأة وصدر الوقف عليه يوم نوبته . . فكالحر ، أو يوم نوبة سيده . . فكالعبد ، وإن لم تكن مهايأة . . وزع على الرق والحرية ، وعلىٰ هـٰذا يحمل إطلاق ابن خيران [شرح الروض ٢/٤٥٩]) ورمز له في هامش (ك) بالصحة .

(٢) في النسخ : (الماوردي المتولي) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ أَطْلَقَ ٱلْوَقْفَ عَلَيْهِ . . فَهُوَ وَقْفٌ عَلَىٰ سَيِّدِهِ ، وَإِذَا أَطْلَقَ ٱلْوَقْفَ عَلَىٰ بَهِيمَةٍ . . لَغَا ، وَقِيلَ : هُوَ وَقْفٌ عَلَىٰ مَالِكِهَا . . . .

لغيره ، فإن كان مكاتباً له . . لم يصح كما جزم به الماوردي وغيره(١) .

قال : (**فلو أطلق الوقف عليه . . فهو وقف علىٰ سيده**) كما لو وهب له أو أوصىٰ له ، وفي وجه : لا يصح كالبهيمة ، حكاه العمراني .

والأصح : أنه لا يحتاج قبوله إلىٰ إذن السيد كما هو الأصح في الهبة والوصية ، وأنه لا يكفي قبول السيد على الأصح وإن كان الملك له ؛ لأن الخطاب ليس معه ، فيكون المعنى : هو للسيد إذا تم .

قال : (**وإذا أطلق الوقف علىٰ بهيمة . . لغا**) ؛ لأنها ليست أهلاً للملك ، ولهـٰذا لا تجوز الهبة لها ولا الوصية .

قال : (**وقيل : هو وقف علىٰ مالكها**) كما لو وقف على العبد ، فإن شرطنا القبول . . قبل مالكها ، بخلاف ما إذا أضافه إلى العبد على الأصح ؛ لأن الخطاب لم يجر معه ، أما إذا لم تكن البهيمة مملوكة كما إذا وقف علىٰ علف الوحوش والطيور المباحة أو طيور حرم مكة(٢) . . فلا يصح قطعاً ، كذا نقله الرافعي عن المتولي ، لـٰكنه اعترضه في (باب الوصية) فقال : الوصية علىٰ رأي وصية للبهيمة نفسها ، وحينئذ فلا يتجه فرق بين المملوكة وغيرها ، وهـٰذا يعترض به علىٰ ما قاله في (الوقف) اهـ

واستبعد الشيخ أيضاً مقالة المتولي ، وقال : فيها نظر ، ثم نقل عن الجويني(٣) ما يخالف مقالته .

نعم ؛ يستثنىٰ من ذلك الوقف على الخيل المسبلة في الثغور ، فإنه يصح الوقف عليها كما جزم به الدارمي والزبيلي(٤) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (يستثنىٰ من قولهم : « لا يصح الوقف على الوحوش ولا على الطيور المباحة » الوقف علىٰ حمام مكة ؛ فإنه يصح جزماً [كما قال الغزالي]) .

(٣) في (ب) : (الجوري) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

ولو قال : وقفت علىٰ علف هـٰذه البهيمة أو نفقة هـٰذا العبد ما عاش ثم بعده على الفقراء والمساكين . . لم يصح ؛ لأن الوقف عليها ـ إذا صح ـ وقف علىٰ مالكها ، والوقف لا يقبل النقل ، فإذا مات العبد ، إن نفينا الوقف . . كان مجهول الصرف ، وإن قطعناه . . لم يكن الوقف لازماً ، وهو خلاف مقتضاه .

ولو وقف علىٰ عمارة دار زيد ، فإن كانت دار زيد وقفاً . . صح ، وإلا . . فلا ، قاله الماوردي والروياني[1] ، وقال ابن الرفعة : في الصحة نظر ؛ لأن عمارتها من وقفها فيتعطل ما اقتضاه الوقف الأول .

قال : (**ويصح علىٰ ذمي**) أي : معين ، سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً كصدقة التطوع وهي على الذمي جائزة ، وحكى الجيلي فيه وجهاً .

أما غير المعين كأهل الذمة واليهود والنصارىٰ . . فالمذكور في « الحاوي » و« تعليق القاضي حسين » و« شرح الكفاية » للصيمري و« الشامل » و« البحر » و« التتمة » و« التحرير » وغيرها : أنه صحيح ؛ لأن الصدقة عليهم جائزة وقال الرافعي : إنه الأشبه بكلام الأكثرين بناء علىٰ أن المرعي التمليك لا القربة[2] ، ثم مال إلى المنع ؛ لتضمنه الإعانة على المعصية ، وهو الذي أجاب به القاضي حسين[3] ، واقتضىٰ كلام « الكافي » الجزم به .

تنبيهان :

أحدهما : يشترط في المعين أن لا يظهر فيه قصد المعصية ، فلو قال : وقفت علىٰ

(١) في هامش (ك) : (ويؤخذ مما قالاه : أن البهيمة إذا كانت وقفاً ووقف علىٰ علفها . . صح) ورمز لقولهما بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قوله : « وهو الذي أجاب به القاضي » أي : في « فتاويه » كما صرح به ابن الملقن ؛ لأن المصنف نقل عن « تعليقة القاضي حسين » مع ذكره : أن الوقف صحيح ، فيكون علىٰ هـٰذا اختلف كلام القاضي حسين في « التعليقة » و« الفتاوىٰ ») .

خادم الكنيس . . ففي « الشامل » وغيره : أنه لا يصح[١] .

الثاني : إنما يجوز أن يوقف عليه ما يجوز أن يملكه ، فيمتنع وقف العبد المسلم وكتب العلم عليه ، أما المعاهد والمستأمن . . فهما كالحربي[٢] .

فرع :

وقف علىٰ أولاد اليهود والنصارىٰ بشرط أن من أسلم منهم خرج عن الوقف . . ينبغي القطع بأنه لا يصح هـٰذا الشرط ؛ لأنه جهة معصية مقصودة[٣] ، بخلاف ما لو لم يقصد . . فيحمل علىٰ جهة القربة فقط .

قال الشيخ : قد وقع لي في المحاكمات هـٰذا الشرط ، فأبطلته وأثبت الوقف عليهم مع الإسلام[٤] .

قال : (**لا مرتد وحربي**) ؛ لأنهما مقتولان لا بقاء لهما ، والوقف صدقة جارية فلا يصح علىٰ من لا بقاء له ، كذا علله الرافعي تبعاً لـ« المهذب » ، ونقضه في « البيان » بصحة الوقف على الزاني المحصن ، وفي معناه من تحتم قتله في المحاربة ومن استحق القتل بترك الصلاة[٥] .

والوجه الثاني : يجوز الوقف عليه كالذمي ، ومال إليه ابن الرفعة ، لا سيما إذا أبقينا ملك المرتد .

وخص الخلاف في « نكت التنبيه » بقوله : وقفت علىٰ زيد الحربي أو المرتد ، فأما إذا قال : وقفت على الحربيين أو المرتدين . . فلا يصح قطعاً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (المعتمد كما قاله الأذرعي وغيره : أن المعاهد والمستأمن كالذمي إن حل بدارنا ما دام فيها ، فإذا رجع . . صرف لمن بعده) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (القياس : بطلان الوقف أيضاً) .

(٥) في هامش (ك) : (وقد يفرق بأن هـٰذا مسلم يتقرب بإطعامه إلىٰ أن يقتل ، بخلاف الحربي والمرتد ، وحاصله : اعتبار وصف كونه بحيث يتقرب بالوقف عليه) .

وينبغي أن يقيد محل الخلاف في الحربي أيضاً بغير آلة الحرب ، كما قيدوا به في الوصية له بغير ذلك وإن كان المطلق قد أطلق في البابين .

قال : (**ونفسه**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حبس الأصل وسبل الثمرة » وتسبيل الثمرة يمنع أن يكون له فيها حق .

قال : (**في الأصح**) الخلاف عائد إلى المسائل الثلاثة ، ومقابله هنا : يصح ، وبه قال ابن سريج والجوري وابن الصباغ والزبيري ؛ لأن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً ، وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك .

قال في « البحر » : وعليه أكثر مشايخ خراسان ، ويجوز أن يفتىٰ به للمصلحة .

وقيل : يصح الوقف وتلغو الإضافة كما لو وقف وسكت عن السبل .

وقيل : إن كان علىٰ نفسه وغيره . . جاز ، وإلا . . بطل .

وعلى الأصح : لو حكم به حاكم[١] . . نفذ ولم ينقض .

ويستثنىٰ من بطلان الوقف على النفس صور :

منها : إذا وقف على الفقراء ثم صار فقيراً . . جاز أخذه منه على الأصح ؛ لأنه لم يقصد نفسه ، وصحح الغزالي والبغوي المنع ؛ لأن مطلقه ينصرف إلىٰ غيره ، بخلاف ما لو وقف رباطاً على المارة أو مقبرة للدفن . . فإنهما وافقا على الدخول فيهم .

ولو وقف على الفقراء وهو فقير . . قال الشيخ : لم أرها منقولة ، وينبغي أن يكون فيه وجهان : أصحهما : الجواز[٢] ، ولها وللتي قبلها التفات إلىٰ أن المخاطب هل يدخل في عموم خطابه؟

وفي « الكافي » : لو وقف على الفقراء وهو فقير أو على الفقهاء وهو فقيه . . يأخذ معهم كواحد منهم ، فيدخل في العام ولا يدخل في الخاص في الأصح .

ومنها : لو شرط الواقف النظر لنفسه وشرط له أجرة . . ففي صحة هـٰذا الشرط

---

(١) في هامش (ك) : (أي : يراه) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وجهان : أصحهما عند المصنف : صحته ، وقيده ابن الصلاح بأجرة المثل[1] .

ومنها : لو كانت منافع الموقوف مباحة كالمسجد وماء البئر فوقف على الناس وصرح بنفسه معهم . . فإنه يصح ويدخل كما جعل عثمان رضي الله عنه دلوه في بئر رومة كدلاء المسلمين ؛ لأنه لم يقل ذلك علىٰ سبيل الاشتراط ، بل علىٰ سبيل الإخبار .

قال المصنف : ومن هٰذا النوع : لو وقف كتاباً على المسلمين للقراءة فيه ونحوها ، أو قدراً للطبخ فيها ، أو كيزاناً للشرب فيها ونحو ذلك . . فللواقف الانتفاع معهم .

ومنها : أن يقف علىٰ أولاد أبيه المتصفين بصفة الفقه مثلاً ، وليس فيهم فقيه سواه . . ففي « شرح ابن يونس » : أنه يصح[2] ، وسبقه إلىٰ تصحيح ذلك الفارقي ، وتبعهما ابن الرفعة فوقف وقفاً على الأفقه من بني الرفعة وكان يتناوله ، وكلام الماوردي والغزالي في « فتاويه » يصرح بخلافه .

ومنها : أن يرفعه إلىٰ من يراه فيحكم بصحته ، ولو وقف علىٰ نفسه ثم جهات متصلة وأقر بأن حاكماً حكم بصحة هٰذا الوقف ولزومه . . أفتى البرهان المراغي بأنه يؤاخذ بإقراره في نفسه ، ويجوز نقض الوقف في حق غيره ، وخالفه الشيخ تاج الدين الفزاري وقال : إقراره فيما بيده مقبول عليه وعلىٰ من يتلقىٰ منه كما لو قال : هٰذا وقف علي[3] .

ومنها : في « الحاوي » : لو وقف وقفاً علىٰ أن يحج عنه منه أو يجاهد عنه منه . . قال الماوردي والروياني : جاز ، ولا يكون وقفاً علىٰ نفسه ؛ لأنه لا يملك شيئاً من غلته ، فإن ارتد . . لم يجز الصرف في الحج ؛ لأنه لا يصح عن المرتد ، فيصرف إلى الفقراء والمساكين ، فإن عاد إلى الإسلام . أعيد الوقف إلى الحج عنه ، ولو وقف

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

على الجهاد عنه . . جاز ، فلو ارتد الواقف . . فالوقف بحاله يصرف إلى المجاهدين عنه ؛ لأن الجهاد يصح من المرتد .

ومنها : ما إذا أجر شيئاً مدة يظن أنه لا يعيش إلىٰ مثلها ، ثم وقفه ، ثم استأجره لنفسه المدة المعقود عليها . . فينفرد باليد كما أفتىٰ به ابن الصلاح وغيره[1] .

فرع :

وقف علىٰ ولده ثم علىٰ ورثة ولده ثم على الفقراء ، فمات ولده وهو وارثه فهل يرجع إليه قدر ميراثه؟ وجهان :

قال ابن سريج والزبيري : يرجع[2] .

والثاني : لا يرجع إليه منه شيء ، بل يكون نصيبه للفقراء ، ويصرف الباقي إلىٰ بقية الورثة ، وبه أفتى الغزالي .

حادثة :

لا يصح الوقف بشرط أن يقضي منه دينه ؛ لكونه وقفاً علىٰ نفسه وغيره .

فعلىٰ هـٰذا : لا يصح ما يعتمده الواقفون للبناء القائم على الأرض المحتكرة من اشتراط صرف أجرة الأرض من الريع ؛ لكون الأجرة ديناً عليهم[3] ، قال الشيخ علاء الدين القونوي : وهـٰذا يقع كثيراً في أوقاف الديار المصرية وغيرها ، وكذلك كان الشيخ شمس الدين بن عدلان يفتي ببطلان الوقف بذلك ، وبأن واقف الأبنية على الأرض المحتكرة تلزمه أجرة الأرض تخريجاً من جناية العبد الموقوف أن الفداء لازم

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قلت : هـٰذا واضح إن كان الواقف استأجر الأرض ولم يعرف أجرتها ولم تنقض مدة الإجارة ، فإن لم يستأجر الأرض أو وفى الأجرة أو انقضت مدة الإجارة . . لم يبق عليه شيء من الأجرة ؛ لأن الأرض ليست مشغولة بملكه ، فيصرف من ريع البناء أجرة الأرض ؛ فإنه من مصالحه ، والله أعلم) .

وَإِنْ وقَفَ عَلَىٰ جِهَةِ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ ٱلْكَنَائِسِ . . فَبَاطِلٌ ، . . . .

للواقف على الصحيح بجامع أنه فوّت بالوقف بيعه ، والظاهر : أنها لا تلزمه ، بل إن كان هناك ريع . . وجبت منه ، وإلا . . لم تلزم الواقف الأجرة لما بعد الوقف ، وللمالك مطالبته بالتفريغ .

والفرق بينه وبين جناية العبد الموقوف عليه : أن رقبته محل لتعلق الجناية بها لولا الوقف ، بخلاف البناء إنما محل التعلق ذمة المالك ، وقد زال ملكه فيزول التعلق ، ولهـٰذا لو مات العبد قبل اختيار الفداء . . لم يتعلق بالسيد منه شيء ، ولو انهدم البناء . . كانت الأجرة الماضية لازمة للمالك ، لا جرم كان المفتىٰ به : صحة الوقف ولزوم الشرط وانقطاع الطلب عن الواقف .

وإذا سكت الواقف عن الشرط المذكور والحال أنه ليس هناك إجارة صحيحة . . فإنه يصرف الحكر من ريع الوقف ، وعليه جرى العمل ، ويكون مقدماً كالعمارة ، وإنما يكون في تركة الواقف عند وجود الإجارة الصحيحة ، وبهـٰذا صرح ابن الأستاذ فإنه قال : والأجرة من ريعه إن شرط الواقف ذلك أو سكت عنه[1] .

قال : (**وإن وقف علىٰ جهة معصية كعمارة الكنائس . . فباطل**) بلا خلاف ؛ لأنه إعانة علىٰ معصية ، وسواء في ذلك الإنشاء والترميم ، وسواء منعوا من ذلك أم لا بأن تكون في بلاد فتحت صلحاً علىٰ أن تكون رقابها لهم ، وكذا لو وقف علىٰ حصرها وسرجها وكتب التوراة والإنجيل ؛ لأنهم حرفوا وبدلوا .

ونبه الشيخ علىٰ ما وقع في آخر « البخاري »[2] : (قال ابن عباس : وليس أحد يزيل لفظ كتاب من كتب الله تعالىٰ ، ولـٰكنهم يحرفونه يتأولونه علىٰ غير تأويله) أن هـٰذا الكلام يحتمل أن يكون من قول ابن عباس وأن يكون مدرجاً بعده ، وكان بعض الناس يغتر به ويرىٰ جواز مطالعتها ، قال : وهـٰذا منكر من القول ، فلا خلاف في تبديلها ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الواقف مسلماً أو ذمياً[3] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في التوحيد ، باب : قول الله تعالى : ﴿ بَلْ هُوَ قُرْءَانٌ مَّجِيدٌ ۝٢١ فِى لَوْحٍ مَّحْفُوظٍ ﴾ تعليقاً .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ جِهَةِ قُرْبَةٍ كَٱلْفُقَرَاءِ وَٱلْعُلَمَاءِ وَٱلْمَسَاجِدِ وَٱلْمَدَارِسِ . . صَحَّ ، . . . .

ومعنى البطلان : أنا نحكم به إذا ترافعوا إلينا ، وإلا . . لم نتعرض لهم حيث لا يمنعون من الإظهار ، ولو قضىٰ به حاكمهم ثم ترافعوا إلينا . . نقضناه ، أما إذا وقفوه علىٰ كنائسهم القديمة قبل المبعث . . فإنه يقرر حيث تقرر الكنائس ، كذا قال الرافعي ، وأخذ ابن الرفعة منه أن الوقف علىٰ ترميم الكنائس التي يجوز تقريرهم عليها إذا لم يمنع منه يجوز ، ونازعه الشيخ في ذلك وقال : الصواب : أن الوقف علىٰ ترميمها باطل[1] .

كل هٰذا في كنائس التعبد ، أما ما ينزلها المارة من أهل الذمة . . فنص الشافعي والجمهور علىٰ جواز أن يوصىٰ ببنائها ، وحكى الماوردي وجهاً : أنه لا يجوز إلا أن يشرك معهم المسلمين في النزول .

قال ابن الرفعة : والوقف يشبه أن يكون كالوصية ، فلو جمع بين نزول المارة والصلاة فيها . . ففي « الإستقصاء » : يحتمل أن يصح في نزول المارة ، ويبطل في الصلاة .

قال : (**أو جهة قربة**) أي : جهة يظهر فيها قصد القربة ، وإلا . . فالوقف كله قربة ، وهٰذا يسمىٰ وقفاً على الجهة ؛ لأن الواقف نظر إلىٰ جهة الفقر والمسكنة ، ويقصد سد خلة موصوف بهٰذه الصفة لا لشخص بعينه .

قال : (**كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس . . صح**) ؛ لحصول مقصود الوقف ـ وهو القربة ـ ولعموم الأدلة ، ولأن الجامدات ليست مستحقة ، إلا أن ذلك وقف على جماعة المسلمين ؛ ليكون النفع عائداً عليهم ، وعلىٰ هٰذا النحو جرت أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم .

وقيل : لا يصح علىٰ من لا يملِك كالكعبة والمسجد، حكاه الرافعي في «التذنيب» .

وفي « فتاوى القفال » قول : إنه لا يصح على العلماء ؛ لأنهم ينقطعون ، بخلاف الفقراء .

والعلماء في العرف الشرعي : علماء الشرع الآتي ذكرهم في (الوصية) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

نعم ؛ يشترط في الجهة إمكان حصرها ، فلو قال : وقفت علىٰ جميع الناس أو جميع الخلق أو علىٰ كل شيء . . فباطل ، قاله الماوردي والروياني[1] ، فإن الوقف ما كانت سبله مخصوصة الجهات لتعرف ؛ لأنه لا يمكن استيفاء هـٰذا الشرط ، وفرقا بينه وبين ما لو وقف على الفقراء والمساكين حيث يجوز ؛ لأن الجهة مخصوصة ، وعرف الشرع فيهم لا يوجب استيعاب جميعهم كالزكاة ، ونازعهما الشيخ في ذلك ومال إلى الصحة ؛ لأن الإسلام جهة اعتبرها الشارع في الإرث والعقل وغيرهما ، والمساجد موقوفة علىٰ جميع المسلمين .

فائدة :

بناء المسجد من أعظم القربات ؛ ففي « الترمذي » [٥٩٤] و« ابن ماجه » [٧٥٩] من حديث عائشة رضي الله عنها قالت : (أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب) .

وفي « صحيح البخاري » [٤٢٨] في (باب من نبش قبور مشركي الجاهلية) عن أنس بن مالك في حديث طويل : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ببناء المساجد) .

وفي « صحيح مسلم » [٥٣٣] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من بنىٰ لله مسجداً . . بنى الله له في الجنة مثله » .

وفي « ابن حبان » [١٦١٠] عن أبي ذر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من بنىٰ لله مسجداً ولو كمفحص قطاة . . بنى الله له بيتاً في الجنة » .

و(مفحص القطاة) بفتح الميم : مجثمها[2] .

(١) في هامش (ك) : (الأصح : الصحة) .

(٢) في هامش (ك) : (وأما بناء المدارس . . فهو من أفضل الطاعات ، بنى نظام الملك قوام الدين الحسن بن علي الطوسي مدرسة بنيسابور ، ومدرسة بالبصرة ، ومدرسة بمرو ، ومدرسة بآمد طبرستان ، ومدرسة بالموصل .

قال الحافظ الذهبي : زعم بعضهم أنه أول من بنى المدارس ، وليس كذلك ؛ فقد كانت=

أَوْ لِجِهَةٍ لاَ تَظْهَرُ فِيهَا ٱلْقُرْبَةُ كَٱلأَغْنِيَاءِ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**أو لجهة لا تظهر فيها القربة كالأغنياء . . صح في الأصح**) ؛ بناء على أن المرعي في الوقف على الجهة العامة التمليك كالوصية لا القربة .

والثاني : لا ، بناء علىٰ أن المرعي فيه جهة القربة ، ولهـٰذا لا يجب استيعاب المساكين ، بل يجوز الاقتصار علىٰ ثلاثة منهم .

قال الرافعي : والأحسن توسط لبعض المتأخرين وهو : الصحة على الأغنياء دون اليهود والنصارىٰ وقطاع الطريق وسائر الفساق ؛ لتضمنه الإعانة على المعصية ، ومن هنا حسن تمثيله في الكتاب بالأغنياء فقط .

وقال ابن الرفعة : ما استحسنه الرافعي ببادي الرأي صحيح[1] ، لـٰكنه خلاف قول الأصحاب كافة ، وهو إحداث قول ثالث بعد الإجماع علىٰ قولين ، ولو كان الأمر كما قاله في اليهود والنصارىٰ . . لكان الوقف عليهم معصية ، وهو خلاف ما قاله الأصحاب .

ومحل الخلاف في الأغنياء : إذا خصهم بالوقف ، فلو كان معهم غيرهم أو كانوا محصورين كوقفه علىٰ أغنياء أقاربه . . قال ابن الرفعة : فالذي يظهر الجزم بالصحة .

= المدرسة البيهقية بنيسابور قبل أن يولد نظام الملك ، والمدرسة السعيدية بنيسابور أيضاً ، بناها الأمير نصر بن سبكتكين أخو السلطان محمود لمّا كان والياً بنيسابور ، ومدرسة ثالثة بنيسابور بناها إسماعيل بن علي بن المثنى الإسترابادي الواعظ الصوفي شيخ الخطيب ، ومدرسة رابعة أيضاً بنيسابور بنيت للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني ، فقال الحاكم في ترجمة الأستاذ أبي إسحاق : لم يبن بنيسابور مدرسة قبلها مثلها ، وهـٰذا صريح في أنه بني قبلها غيرها ، والغالب على الظن : أن نظام الملك أول من رتب فيها المعاليم للطلبة ؛ فإنه لم يكن لهم في المدارس التي قبلها معلوم .

وكان بناء النظامية ببغداد سنة تسع وخمسين وأربع مئة ، أول من درس بها ابن الصباغ عشرين يوماً ، ثم الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ، وكان يخرج منها أوقات الصلوات يصلي بمسجد خارجها ، ثم لمّا مات . . تولاها المتولي ، ثم ابن الصباغ ، ثم صرف وأعيد المتولي إلىٰ أن مات) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وضبط الزبيري في « المسكت » الغني في هٰذا الباب بالذي تحرم عليه الصدقة ، إما لماله أو قوته أو كسبه ، قال : وقد يكون الرجل غنياً بغنىٰ غيره لا بنفسه كالولد بأبيه والمرأة بزوجها ، فيقال لهم أغنياء لأجل كفايتهم .

وعلى الأصح : لو ادعىٰ شخص أنه غني . . لم يقبل إلا ببينة ، بخلاف ما لو وقف على الفقراء فادعىٰ أنه فقير ولم يعرف له مال . . فإنه يقبل بلا بينة .

قلت : وكون الوقف على الأغنياء لا قربة فيه فيه نظر ؛ لأنهم قد يعتبرون بذلك كما في « الصحيح » [خ ١٤٢١ـ م ١٠٢٢] في حديث : « لأتصدقن الليلة بصدقة » : « فوقعت صدقته في يد غني » وفيه : « لعله يعتبر فينفق مما آتاه الله تعالىٰ » .

فروع :

يجوز الوقف علىٰ سبيل الله ـ وهم : المستحقون سهم الزكاة ـ وعلىٰ سبيل الخير أو البر أو الثواب ، ويصرف إلىٰ أقارب الواقف ، فإن لم يوجدوا . . فإلىٰ أهل الزكاة .

ولو جمع بين سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير . . صرف الثلث إلى الغزاة ، والثلث إلىٰ أقاربه ، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب .

ويصح الوقف علىٰ أكفان الموتىٰ ودفنهم ومؤنة الغسالين والحفارين وإن كان فرض كفاية ، قال في « المطلب » : الذي يظهر اختصاص ذلك بالفقراء[١] ، وقد تقدم في (الجنائز) عن « فتاوى ابن الصلاح » : أنه لا يزاد في هٰذه الحالة علىٰ ثوب[٢] .

ويصح علىٰ شراء الأواني والظروف ممن تكسر منه[٣] ، وعلى المتفقهة ـ وهم :

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (الذي يظهر ـ كما قاله ابن الرفعة في غير الأخيرة ـ : أن ذلك يصرف لمن لم يجب ذلك في ماله ، كما نقله عنه الشارح) .

المشتغلون بتحصيل الفقه مبتدئهم ومنتهيهم ـ وعلى الفقهاء ويدخل فيه من حصَّل شيئاً وإن قل ، قاله الرافعي[١] .

وقال القاضي : إذا وقف على الفقهاء . . يصرف إلىٰ من يعرف من كل علم شيئاً ، أما من تفقه شهراً أو شهرين . . فلا .

والوقف على الصوفية . . قال الشيخ أبو محمد : لا يصح ؛ إذ ليس للتصوف حد يعرف ، والصحيح المعروف : صحته[٢] ، وهم : المشتغلون بالعبادة في أغلب الأوقات ، المعرضون عن الدنيا ، قال القاضي : لا من كان مشتغلاً بالأكل والرقص والسماع[٣] .

وفي « فتاوى الغزالي » : لا بد في الصوفي من العدالة ، فلو أتىٰ بمعصية ترد بها الشهادة . . لم يجز له أخذ شيء من غلة الوقف .

ولا بد من ترك الحرفة ، ولا بأس بالنسخ والخياطة وما يشبههما إن كان يتعاطىٰ ذلك أحياناً في الرباط لا في الحانوت ، ولا تقدح قدرته على الاكتساب والاشتغال بالوعظ والتدريس ، ولا أن يكون له من المال قدر لا تجب فيه الزكاة ، وتقدح فيه الثروة الظاهرة والعروض الكثيرة ، ولا بد أن يكون في زي القوم ، إلا أن يكون مساكنَهم في الرباط . . فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزي ، ولا يشترط لبس المرقعة من يد شيخ ، وكذا ذكره المتولي .

والفقيه إذا كان علىٰ زيهم وأخلاقهم له النزول عندهم .

وليس الجهل شرطاً في التصوف ، ولا يلتفت إلىٰ قول بعض الحمقىٰ : العلم حجاب ، بل الحجاب : الجهل والعلم المذموم .

قال : (**ولا يصح إلا بلفظ**) كالعتق وسائر التمليكات ، ويخالف البيع حيث انعقد بالمعاطاة علىٰ وجه ؛ لأن البيع كان في الجاهلية والشرع ورد بإباحته . . فجرىٰ عليه ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

والوقف لم يعهد . . فاتبع فيه ما ورد به الشرع .

وعلم من هـٰذا : أنه لو بنىٰ مسجداً وأذن في الصلاة فيه . . لم يصر مسجداً[1] ، وكذا لو أذن في الدفن في ملكه . . لم يصر مقبرة عندنا خلافاً لأبي حنيفة ، ويرد علىٰ هـٰذا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه حين بنىٰ مسجده أنه تلفظ بوقفه ، ولا عمر ولا عثمان حين وسعا المسجدين ، وقال صلى الله عليه وسلم : « من بنىٰ لله مسجداً . . . » الحديث ، ولم يقل : وتلفظ بذلك ، وقال في « البحر » : إنها تصير وقفاً فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، فإن أخبر بأنه نواه . . لزمه في الحكم أيضاً .

أما بالكتابة المجردة . . فلا يصح كما جزم به الرافعي في (باب الهدي) ، والمتجه[2] : الصحة مع النية كالوصية .

هـٰذا كله في الناطق ، أما الأخرس . . فيصح بإشارته المفهمة كغيره من التبرعات ، وإذا رأينا مسجداً يصلي الناس فيه . . فيستمر حكمه ولا يغير ، لأنه في أيدي المسلمين لذلك .

واستثنىٰ في « الكفاية » تبعاً للماوردي : إذا بنىٰ مسجداً في الموات قاصداً به ذلك . . فإنه يصير مسجداً ، ويقوم الفعل مع النية مقام اللفظ ، ويزول ملكه عن الآلة بعد استقرارها في موضعها[3] .

وأجاب الشيخ بأن الموات لم يدخل في ملك من أحياه مسجداً ، وإنما احتيج إلى اللفظ ؛ لإخراج ما كان في ملكه عنه ، وأما البناء . . فصار له حكم المسجد تبعاً ، ولو استقر . . لاعتبر اللفظ كما قال الروياني ، فمن عمر مسجداً ولم يقف الآلة . . فهي عارية له الرجوع فيها متىٰ شاء .

---

(١) في هامش (ك) : (لـٰكن لو قال : أذنت للاعتكاف فيه . . صار مسجداً كما بحثه في « شرح الروض » [٢/٤٦٣]) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : بالكتابة) ورمز له بالصحة .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ كَذَا أَوْ أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ ، وَٱلتَّحْبِيسُ وَٱلتَّسْبِيلُ صَرِيحَانِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ....

وتستثنىٰ أراضي الفيء ؛ فإنها تصير وقفاً بنفس الاستيلاء علىٰ ما قاله أبو حامد ، وهو الأصح عند الماوردي[١] .

وما يؤخذ من الناس ليبنىٰ به زاوية أو رباط ؛ فإنه إذا بناه . . يصير وقفاً على الجهة التي أخذ لها[٢] كذا قاله الشيخ أبو محمد .

والشارع يصير وقفاً بالاستطراق من غير احتياج إلىٰ لفظ كما قاله الإمام في (كتاب الصلح)[٣] .

قال : (**وصريحه : وقفت كذا**) ؛ لأنه تكرر علىٰ ألسنة حملة الشرع ، بل هو أشهر الألفاظ المستعملة في هـٰذا الباب عرفاً ولغة ، وعن الإصطخري رواية غريبة أن لفظ الوقف ليس بصريح .

قال : (**أو أرضي موقوفة عليه**) وكذا محتبسة أو مسبلة إن جعلناهما صريحين ، وأشار بذلك إلىٰ أنه لا يشترط فرق بين الفعل وما يشتق منه .

قال : (**والتحبيس والتسبيل صريحان على الصحيح**) ؛ لكثرة استعمالهما واشتهارهما شرعاً وعرفاً ، ففي حديث عمر : « حبس الأصل وسبل الثمرة » رواه الشافعي [١/٣٠٨] .

والثاني : أنهما كنايتان ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهار الوقف .

والثالث : التحبيس صريح والتسبيل كناية ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم غاير بينهما في حديث عمر ؛ فإنه قال : « حبس الأصل وسبل الثمرة » والثمرة غير موقوفة بالإجماع .

قال في « البسيط » : وموضع الخلاف إذا اقتصر عليه ، فلو أكده بالمصدر فقال :

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (ما ذكره معتمد ، ولـٰكن صورته في الموات) .

وَلَوْ قَالَ : تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً أَوْ مَوْقُوفَةً أَوْ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ . . فَصَرِيحٌ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

حبسته تحبيساً مؤبداً محرماً . . فلا خلاف في الصراحة .

فجميع ما في ذلك أربعة أوجه : الجميع صريح ، الجميع كناية ، الصريح الوقف وحده ، الكناية التسبيل وحده .

قال الشيخ : فينبغي لمن كتب كتاب وقف وأشهد به أن يضم إلىٰ ألفاظ الواقف إقراره بالنية ؛ ليخرج من الخلاف ويقطع بصحة الوقف ، قال : والألفاظ المذكورة في هٰذا الباب : الوقف والتحبيس والتسبيل والتحريم والتأبيد والصدقة ، فهٰذه ستة ألفاظ وأصلها الصدقة ، ولٰكنها لما اشتركت بينه وبين غيره . . تأخرت عن رتبة الصريح ، وصار أعلى المراتب لفظ الوقف ، ودونه التحبيس ، ودونه التسبيل ، ودونهما التحريم والتأبيد ، ودونهما الصدقة .

وجاء في هٰذا الباب نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلاً وهو : انقسام الصريح إلىٰ ما هو صريح بنفسه وإلىٰ ما هو صريح مع غيره .

ويخرج من كلام الرافعي وجه : أنه ليس لنا لفظ صريح في هٰذا الباب ، وهو عند انفراد لفظة أو لفظتين صحيح ، وأما لو اجتمعت ألفاظ كثيرة بحيث يقطع بالمراد . . فكيف لا تمكن صراحته؟ والصريح ما دل علىٰ معنىً لا يحتمل غيره ، والألفاظ إذا اجتمعت . . أفادت ذلك ، فلا وجه للتردد في صراحتها وثبوت الحكم بها .

قال : (**ولو قال : تصدقت بكذا صدقة محرمة أو موقوفة أو لا تباع ولا توهب . . فصريح في الأصح**) ؛ لانصرافه بهٰذا عن التملك المحض .

والثاني : أنه كناية ؛ لأنه صريح في التملك المحض المخالف لمقصود الوقف .

والثالث : أنه تمليك في قوله : (صدقة محرمة) دون ما إذا قيد بأنها لا تباع ولا توهب .

فتلخص أن الصريح بنفسه ثلاثة : الوقف والتسبيل والتحبيس ، وغيرها لا يكون صريحاً إلا أن ينضم إليه غيره ، لٰكن لفظ التحريم كناية على الصحيح .

والقاعدة : أن الكناية لا تصير صريحة بانضمامها إلىٰ كناية أخرىٰ كما لو قال :

وَقَوْلُهُ : تَصَدَّقْتُ فَقَطْ . . لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَىٰ ، إِلاَّ أَنْ يُضِيفَهُ إِلَىٰ جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِيَ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ قَوْلَهُ : حَرَّمْتُهُ أَوْ أَبَّدْتُهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ ، . . . .

أنت خلية برية . . لا تطلق بغير نية ، فكيف جعلوه هنا صريحاً؟

وأجاب المصنف عنه في « نكت التنبيه » بأنه إذا قال : صدقة محرمة . . لم يفهم منه غير الوقف .

واستشكل الشيخ حكاية المصنف الوجهين في صدقة موقوفة ، مع أنه جزم بصراحة لفظ الوقف ، فكيف إذا اجتمع مع غيره؟ يأتي فيه خلاف فضلاً عن قوته .

قال : ولعله تحريف من ناقل ، ويكون مكان (موقوفة) : مؤبدة كما عبر به الشافعي والجمهور .

قال : (**وقوله : تصدقت فقط ليس بصريح وإن نوىٰ**) ؛ لتردد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوع والوقف ؛ لأن هـٰذا اللفظ صريح في غير الوقف فلا يكون كناية فيه[1] .

قال : (**إلا أن يضيفه إلىٰ جهة عامة**) مثل تصدقت على الفقراء أو الغزاة ، فإن أضافه إلىٰ جهة خاصة كتصدقت عليك أو عليكم . . لا يكون وقفاً على الصحيح ؛ لأن اللفظ لا إشعار له بذلك ، وكل لفظ جعلناه كناية فيه إذا نوىٰ به الوقف . . صار وقفاً في الباطن ، فلو ادعى المتصدق عليه الوقفية ، فإن صدقه . . ثبت ظاهراً أيضاً ، وإن كذبه . . صدق بيمينه ؛ لأنه أعرف بنيته .

هـٰذا كله بالنسبة إلى الظاهر ، أما في الباطن . . فيصير وقفاً بينه وبين الله كما تقدم .

قال : (**وينوي**) ؛ لأن النية مع الكناية كالصريح ، كذا قالوه ، والصواب : أن إضافته إلى الجهة صيرته كالكناية حتىٰ يعمل فيه بالنية ، فإذا لم ينو . . لم يكن كناية قطعاً .

قال : (**والأصح : أن قوله : حرمته أو أبدته ليس بصريح**) بل هو كناية على المذهب ؛ لأنهما لا يستعملان مستقلين ، وإنما يؤكد بهما ، فإذا أفردا . . لم يكن

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف) .

المعنىٰ مستفاداً منهما ؛ لعدم صلاحيتهما للاستقلال ، فلو جمع بينهما فقال حرمته وأبدته . . ازدادت قوة الكناية ، ولـٰكنها لا تبلغ حد الصريح .

هـٰذا إذا قلنا بصراحة الوقف والتسبيل والتحبيس ، فإن قلنا : كناية . . فهـٰذان أولىٰ .

والثاني : أنهما صريحان ؛ لإفادتهما الغرض كالتحبيس والتسبيل .

قال الشيخ : وصورة المسألة أن يقول : حرمتها للمساكين ، فلو قال : حرمتها عليهم . . انعكس المعنىٰ .

وعلم من كلام المصنف : أنه لا يشترط في صحة الوقف أن يقول : أخرجته عن ملكي[1] ، وفي اشتراط ذلك في « اللباب » وجهان ، وكلام الشافعي في « الأم » ـ حيث أملىٰ نسخة ـ : الوقف ، وفيها : (وأخرجته عن ملكي يقتضي الاشتراط) وهو غريب .

قال : (**وأن قوله : جعلت البقعة مسجداً تصير به مسجداً**) وإن لم يقل : وقفتها ، ولم يذكر شيئاً من الألفاظ السابقة لإشعار ذلك بالمقصود واشتهاره ، ولأن المسجد لا يكون إلا وقفاً فأغنىٰ لفظه عن لفظ الوقف ، وأشار المصنف بذلك إلىٰ أنه صريح فيه .

والثاني : لا يصير ؛ لأنه وصفه بما هو موصوف به ، قال صلى الله عليه وسلم : « جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً »[2] وهـٰذا عليه الجمهور ، وبه قطع القفال والأستاذ أبو طاهر والقاضي حسين والبغوي والمتولي والخوارزمي .

قال ابن الرفعة : ومحل الخلاف إذا خلا عن نية الوقفية ، أما إذا نوىٰ بذلك الوقف . . فإنها تصير مسجداً ، وكذا لو قال : وقفت هـٰذه البقعة لصلاة المسلمين . . صارت مسجداً ، ومحله أيضاً إذا لم يقل مع ذلك : لله ، فإن قال : جعلتها مسجداً لله . . صح جزماً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) أخرجه البخاري (٣٣٥) ، ومسلم (٥٢٣) .

ومقتضىٰ كلام الإمام أن الخلاف يجري فيه .

وأشار بقوله : (تصير به مسجداً) إلىٰ أنه يصير مسجداً بنفس اللفظ من غير احتياج إلىٰ نية ، وليست هـٰذه في « المحرر » .

قال : (**وأن الوقف علىٰ معين**) كزيد أو جماعة معينين (**يشترط فيه القبول**) ؛ لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملك شخص من غير رضاه ، وعلىٰ هـٰذا : فليكن متصلاً بالإيجاب كالبيع والهبة .

والثاني : لا يشترط ، واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه بالإعتاق ، وهـٰذا هو المنصوص في غير موضع ، وهو اختيار جمهور العراقيين وخلائق ، وهو الصواب المفتىٰ به ، وهو الراجح في « الروضة » في (كتاب السرقة)[1] ، والقائلون به اشترطوا عدم الرد كما سيأتي .

وإذا شرطنا القبول ، فإن كان الموقوف عليه من أهله . . تولاه ، وإن لم يكن كالصبي والمجنون . . تولاه وليه ، وإن كان الواقف الأب أو الجد . . فالحكم في القبول كالحكم في قبول البيع والهبة .

قال ابن الصلاح في « فتاويه » : فلو بلغ بعد قبول الولي ورد . . لم يرتد برده[2] .

واحترز بـ(المعين) عن الجهة العامة كالوقف على الفقراء ، وعن جهة التحرير كالوقف على المسجد والرباط ؛ فإنه لا يشترط القبول جزماً لعدم الإمكان ، ولم يجعلوا الحاكم نائباً عنهم في القبول كنيابته عن سائر المسلمين في استيفاء القصاص والأموال ، قال الرافعي : ولو صاروا إليه . . لكان قريباً .

وأجاب الشيخ بأن استيفاء القصاص والأموال لا بد لها من مباشر ، فلذلك جعل الحاكم نائباً فيه ، بخلاف هـٰذا .

قال : ولو استدل بأن الله تعالىٰ يأخذ الصدقات والوقف منها . . لكان من أحسن الاستدلال .

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وشملت عبارة المصنف البطن الثاني ومن بعدهم إذا قلنا : إنهم يتلقونه من الواقف وهو الأصح ، لٰكن في « الروضة » : أن الإمام والغزالي نقلا أنه لا يشترط قبولهم قطعاً ، والذي في « النهاية » و« البسيط » طرد الخلاف ، وقال الرافعي : إنه الأحسن بناء علىٰ أنهم ممن يتلقون ، ومقتضىٰ ذلك ترجيح الاشتراط ، والصحيح خلافه كما هو مقتضى البناء(١) .

فرع :

قال : جعلت هٰذا للمسجد . . فهو تمليك لا وقف ، فيشترط فيه قبول القيم وقبضه كالهبة للصبي .

قال : (**ولو رد . . بطل حقه شرطنا القبول أم لا**) كالوصية والوكالة ، وادعى الإمام الاتفاق عليه ، وشذ البغوي فقال : لا يبطل كالعتق ، فلو قال : علىٰ زيد ثم الفقراء فرد زيد . . كان في حق الفقراء منقطع الأول ، والصحيح بطلانه في حقهم ، ووقع في « تصحيح التنبيه » : أنه صحيح في حقهم ، والمعروف الأول ، وعلى المذهب : لو رده ثم رجع . . قال الروياني : إن رجع قبل الحكم برده إلىٰ غيره . . كان له ، أو بعده . . بطل حقه(٢) .

ثم إذا قلنا باشتراط القبول فهل يشترط القبض؟ المشهور المنصوص في « المختصر » و« الأم » : أنه لا يشترط(٣) ؛ لما روى البيهقي [٦/ ١٦٢] عن ابن مسعود أنه قال : (فرغ من أربع : الخلق والخلق والرزق والأجل ، فليس أحد أكسب من أحد) .

والصدقة جائزة قبضت أم لم تقبض .

والثاني : لا يتم إلا بالقبض كالهبة ، وحكاه ابن يونس وجهاً .

---

(١) في هامش (ك) : (فيه نظر) .
(٢) في هامش (ك) : (ضعيف ، والأصح : أنه يبطل برده مطلقاً) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال : (**ولو قال : وقفت هـٰذا سنة . . فباطل**) ، لمّا أنهى الكلام في الأركان الأربعة . . شرع يتكلم في الشروط ، وهي أربعة أيضاً .

الأول : التأبيد ؛ بأن يقف علىٰ من لا ينقرض كالفقراء والمساكين ، أو علىٰ من ينقرض ثم علىٰ من لا ينقرض كقوله : وقفت علىٰ ولدي ثم على الفقراء ، أو علىٰ زيد ثم عقبه ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر ، فإن عين مساجد وقناطر . . فوجهان[١] ، وفي معنى الفقراء : العلماء على الأصح ، وفي « فتاوى القفال » خلافه ؛ لأنهم قد ينقطعون ، فإن أقت . . بطل ، وقال ابن سريج : يصح وينتهي بانتهاء المدة ، وادعى الجيلي : أنه أصح في أكثر الكتب[٢] .

قال الإمام : وحقيقة هـٰذا أنه عارية لازمة ، وبالغ في تزييفه وقال : لا يحل الاعتداد به ، ولا يسوغ إلحاقه بالوجوه الضعيفة .

والثالث : يلغى التأقيت ويصح الوقف مؤبداً ، وهـٰذا نظير ما إذا قال : (أعمرتك هـٰذه الدار مدة عمري) علىٰ رأي .

والرابع : أن الوقف الذي لا يشترط فيه القبول لا يفسد بالتأقيت كالعتق ، والذي يشترط فيه يفسد به .

كل هـٰذا في التأقيت الصريح ، أما الضمني ـ وهو منقطع الآخر والوسط ـ فالمذهب صحته .

قال الشيخ : قوله : وقفته سنة . . فيه تأقيت فقط ، وقوله : وقفته علىٰ زيد سنة ، وسكتَ . . فيه تأقيت وسكوت عن المصرف ، فللبطلان سببان ، فإن ذكر مصرفاً ؛ بأن قال : علىٰ زيد سنة وبعدها على الفقراء . . صح بلا خلاف ؛ لوجود الدوام كما أشار إليه ابن الصباغ وصاحب « الكافي » وغيرهما .

هـٰذا فيما لا يضاهي التحرير ، أما ما يضاهيه كقوله : جعلته مسجداً سنة . . فظاهر

(١) في هامش (ك) : (والظاهر : الصحة) .
(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

وَلَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلَادِي أَوْ عَلَىٰ زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ وَلَمْ يَزِدْ . . فَٱلْأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْوَقْفِ ، فَإِذَا ٱنْقَرَضَ ٱلْمَذْكُورُ . . فَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْقَىٰ وَقْفاً ، وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ ٱلنَّاسِ إِلَى ٱلْوَاقِفِ يَوْمَ ٱنْقِرَاضِ ٱلْمَذْكُورِ . . . .

إطلاقهم : أنه كذلك ، لكن نقل الإمام عن المذهب : أنه لا يبطل بالتأقيت ، بل يتأبد كما لو ذكر فيه شرطاً فاسداً[١] .

ومقتضىٰ إطلاقهم : أنه لا فرق بين المدة الطويلة والقصيرة ، ويمكن أن يقال : إن التأقيت بما لا يحتمل بقاء الدنيا إليه كألف سنة يصح ؛ لأن القصد منه التأبيد لا حقيقة التأقيت[٢] .

قال : (**ولو قال : وقفت علىٰ أولادي أو علىٰ زيد ثم نسله ولم يزد . . فالأظهر : صحة الوقف**) ؛ لأن مقصوده القربة والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء . . سهلت إدامته علىٰ وجه الخير ، وهـٰذا يسمىٰ منقطع الآخر ، وبصحته قال مالك وأحمد وأبو يوسف .

والثاني : أنه باطل كما لو جعله لغير مالك أو لم يجعل له سبيلاً في الابتداء ، ورجحه الإمام والغزالي ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ لأن شرط الوقف التأبيد ولم يؤبده ، فهو كما لو قال : وقفته سنة .

والثالث : إن كان حيواناً . . صح ؛ إذ مصيره إلى الهلاك ، بخلاف العقار .

قال : (**فإذا انقرض المذكور . . فالأظهر : أنه يبقىٰ وقفاً**) ؛ لأن وضع الوقف الدوام كالعتق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود كما لو نذر هدياً إلىٰ مكة فلم يقبله فقراؤها .

والثاني : يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف إن كان موجوداً ، أو إلىٰ ورثته حتى الزوجة إن كان قد مات ؛ لأن إبقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يتعرض له الواقف بعيد فتعين ارتفاعه .

قال : (**وأن مصرفه أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور**) ؛ لأن أفضل القربات صلة القرابات .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وهو قريب) ورمز له بالصحة .

وقد استشكل هٰذا بالزكاة وسائر المصارف الواجبة عليه شرعاً ؛ فإنه لا يتعين صرفها ولا صرف بعضها إلى الأقارب .

وأجيب : بأن الأقارب حث الشرع عليهم في حبس الوقف ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة : « أرىٰ أن تجعلها في الأقربين »[1] فجعلها أبو طلحة في أقاربه .

ويقابل الأظهر ثلاثة أقوال :

أحدها : تصرف إلى المساكين ؛ لأن أمر الوقف يؤول إليهم .

والثاني : إلى المصارف العامة مصارف خمس الخمس .

والثالث : إلىٰ مستحقي الزكاة غير العاملين ، ويحتمل أن تستثنى المؤلفة والغارم ، ومال الشيخ إلىٰ أنه لا يستثنىٰ ذلك ؛ فإن الآية عامة ولا عمدة أقوىٰ منها .

وحكى ابن داوود قولاً : إنه يصرف إلىٰ جيران الواقف ، والصواب : أن الخلاف أربعة أوجه كما في « الروضة » ، قال الإمام : ولعلها من تخريجات ابن سريج .

قال الشيخ : وإنما يصرف إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف إذا كان الواقف مالكاً مستقلاً[2] ، فلو وقف الإمام من بيت المال علىٰ بني فلان فانقرضوا . . صرف في المصالح ولا يصرف إلىٰ أقارب الإمام ، وهي مسألة مهمة ، كثيراً ما تقع في الفتاوىٰ .

فروع :

إذا لم يكن له أقارب أو كانوا وانقرضوا أو كانوا أغنياء كلهم . . قال سليم وابن الصباغ والمتولي : عاد إلى الفقراء والمساكين .

والمنصوص في « البويطي » ـ وهو الأظهر ـ : أن الإمام يجعله حبساً علىٰ سائر

(١) أخرجه البخاري (١٣٩٢) ، ومسلم (٩٩٨/ ٤٢) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ كَانَ ٱلْوَقْفُ مُنْقَطِعَ ٱلأَوَّلِ كَوَقَفْتُهُ عَلَىٰ مَنْ سَيُولَدُ لِي . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلاَنُهُ ، أَوْ مُنْقَطِعَ ٱلْوَسَطِ كَوَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلاَدِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ ٱلْفُقَرَاءِ . فَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّتُهُ .

المسلمين يضع غلته في مصالحهم .

ثم المراد بـ(الأقرب) : الأقرب رحماً ، حتىٰ يقدم ابن البنت على ابن العم ، وقيل : الأقرب باعتبار الإرث ، وقيل : النظر إلىٰ أقرب الجوار من أقاربه ، حكاه القاضي عن ابن سريج .

وإذا اجتمع قرابات . . فالقول في الأقرب كما في الوصية للأقرب ، وهل يختص الفقراء بالصرف إليهم أو يشترك فيه الأغنياء والفقراء؟ وجهان : الأصح : الاختصاص ، نص عليه في « حرملة » ؛ لأن القصد القربة .

والثاني ـ وهو ظاهر نص « المختصر » ـ : لا اختصاص .

وإذا قلنا : مصرفه المساكين ، فهل المراد مساكين بلد الواقف أو بلد الوقف؟ الظاهر : بلد العين الموقوفة قياساً علىٰ زكاة المال[1] .

قال : (**ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته علىٰ من سيولد لي**) أي : ثم على الفقراء ، وإلا . . كان منقطع الأول والآخر .

قال : (. . **فالمذهب : بطلانه**) ؛ لعدم إمكان الصرف ، لأنه لم يجد مستحقاً وابتداء صحيحاً يبني عليه ، ومثله الوقف علىٰ مسجد سيبنىٰ .

والطريق الثاني : قولان : ثانيهما : الصحة ؛ لأن الأول لمّا بطل . . صار كالمعدوم ، وصار الثاني كالمبتدأ به ، ثم يصير وقفاً علىٰ من يصح الوقف عليه ، وليس في « الشرح » ولا في « الروضة » تصحيح لواحدة من الطريقتين ، لكن في « المطلب » : أن الطريقة الأولىٰ ـ وهي طريقة القطع ـ أرجح عند الأكثرين .

قال : (**أو منقطع الوسط**) بفتح السين (**كوقفت علىٰ أولادي ثم رجل ثم الفقراء . . فالمذهب : صحته**) ؛ لوجود المصرف في الحال والمآل ، وقيل : فيه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

القولان في منقطع الآخر أظهرهما : الصحة ، والخلاف مرتب علىٰ منقطع الآخر ، فإن صححناه . . فهٰذا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان : أصحهما : الجواز ، وهل يصرف عند توسط الانقطاع إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف أو المساكين أو المصالح العامة؟ فيه الخلاف السابق[1] .

قال : (**ولو اقتصر علىٰ**) قوله : (**وقفت**) أي : كذا ولم يذكر مصرفه (. . **فالأظهر : بطلانه**) ؛ لأن الوقف يقتضي التمليك ، فإذا لم يعين المالك[2] . . بطل كما لو قال : بعت ثوبي لعشرة ولم يقل لزيد ، ولأن جهالة المصرف مبطلة فعدم ذكرها أولىٰ .

الثاني : يصح كما لو قال : لله علي أن أتصدق بهٰذا ولم يعين ، وإلىٰ هٰذا ذهب مالك وأحمد ، واختاره الشيخ أبو حامد وأصحاب « المهذب » و« الشامل » و« البحر » وابن أبي عصرون والشيخ ؛ لأنه إزالة ملك علىٰ وجه القربة كالأضحية ، ولأن المالك هو الله ، ولحديث أبي طلحة وأبي الدحداح رضي الله عنهما ، وكما لو قال : أوصيت بثلث مالي واقتصر عليه . . فإنه يصح ويصرف للفقراء لا جرم .

واستشكل الرافعي الفرق ، وفرق بينهن في « الروضة » بأن غالب الوصايا للمساكين فحمل الإطلاق عليه ، بخلاف الوقف ، ولأن الوصية مبنية على المساهلة فتصح بالمجهول والنجس وغير ذلك ، بخلاف الوقف .

وادعى ابن الرفعة أن المتولي حكى الخلاف المذكور في الوصية ، وعلى الصحة في مصرفه الأوجه المتقدمة : أصحها : أقرب الناس إلى الواقف ، وينبغي أن يكون الخلاف إذا لم يقل : لله ، فإن قال لله . . صح قطعاً ، ثم يرجع إليه في بيان المصرف ، ويكفي بيان المصرف إجمالاً ، فلو قال : وقفت علىٰ مسجد كذا . . صح ، وصرف إلىٰ مصالحه عند الجمهور .

وقال القفال : لا يصح ما لم يبين الجهة فيقول : (علىٰ عمارته) ونحوه ، وقال

---

(١) رمز في هامش (ك) للصرف إلى المساكين بالصحة .
(٢) في النسخ : (المملوك) ، وفي (ك) : (الملك) ، ولعل الصواب ما أثبت .

وَلاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْتُ . وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ ٱلْخِيَارِ . . بَطَلَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

أبو علي : يراجع ، فإن قال : أردت الصرف في مصلحته . . صح تمليكه ، وإن لم ينو شيئاً . . فلا ، ولو قال : وقفت كذا علىٰ ما يشاء زيد أو في ما شاء الله . . لم يصح .

قال الشيخ : والبطلان في الصورة الأولىٰ ظاهر ؛ للجهالة ، وفي الثانية ينبغي أن تكون كما إذا قال : وقفتُ ، وسكتَ عن السبل . . فيصح عند من صححه ، ولو قال : وقفت كذا علىٰ جميع الناس أو علىٰ جميع الخلق أو علىٰ كل شيء . . قال الماوردي : إنه باطل ، ونازعه الشيخ فيه ، ومال إلى الصحة[1] ؛ لأن الإسلام جهة اعتبرها الشرع في الإرث والعقل وغيرهما ، والمساجد موقوفة علىٰ جميع المسلمين .

قال : (**ولا يجوز تعليقه كقوله : إذا جاء زيد . . فقد وقفت**) ؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال فلم يصح تعليقه علىٰ شرط كالبيع والهبة ، ومنهم من خرّجه على الخلاف في منقطع الأول وأولىٰ بالفساد ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك التعليق بالموت ، فإذا قال : وقفت داري على المساكين بعد موتي . . ففيها أفتى الأستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف كعتق المدبر ، ووافقه أئمة زمانه ، وقال الإمام : هـٰذا تعليق ، وهو أولىٰ منه بالإبطال .

وصحح الرافعي : أنها وصية[2] ؛ لقول القفال في « فتاويه » : لو عرضها على البيع . . كان رجوعاً ، وإليه يشير كلام المتولي ، وعلىٰ هـٰذا : فلا استثناء .

أما لو نجز الوقف وعلق الإعطاء إلى الموقوف عليه بالموت . . فإنه يجوز كالوكالة ، كذا قاله صاحب « البيان » تبعاً للقاضي حسين .

قال : (**ولو وقف بشرط الخيار . . بطل على الصحيح**) ومثله بشرط أن يبيعه أو يرجع فيه متىٰ شاء ؛ لأن مقتضى الوقف اللزوم ، والخيار ينافي ذلك ، فيفسد بهـٰذا الشرط .

والثاني : يصح الوقف ويبطل الشرط ؛ لحديث العمرىٰ فإنه صلى الله عليه وسلم

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَنْ لاَ يُؤَجَّرَ . ٱتُّبِعَ شَرْطُهُ ، . . . .

جعلها للذي أعمرها في حياته ولورثته من بعد موته[١] ، فأزال ملك المعمر وأبطل شرطه ، وكان الصواب أن يعبر بالأظهر ؛ فإن الخلاف قولان في « البويطي »[٢] ، ومحلهما : إذا لم يحكم حاكم بصحة الوقف ، فإن حكم به . . صح بلا خلاف وأمضي كما قاله ابن كَجّ .

أما إذا وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء ويزيد من شاء أو يقدم أو يؤخر . . فالشرط فاسد في الأصح إذا أنشأ الوقف بهـٰذا الشرط ، فلو أطلقه ثم أراد أن يغير ما ذكره بحرمان أو زيادة أو تقديم أو تأخير . . فليس له ذلك قطعاً .

قال : (**والأصح : أنه إذا وقف بشرط أن لا يؤجَّر . . اتبع شرطه**) كسائر الشروط .

والثاني : لا ؛ لأنه حجر على المستحق في المنفعة .

والثالث : إن منع الزيادة علىٰ سنة . . اتبع ؛ لأنه من مصالحه ، وإن منع مطلقاً . . فلا ، فلو شرط أن لا يؤجر من متجوه أو ظالم أو نحو ذلك مما يكتب في كتب الأوقاف . . فإنه يتبع جزماً .

قال الرافعي : وإذا فسد بالشرط . . فالقياس : فساد الوقف[٣] ، وعن العبادي ما يقتضي عدم فساده ، وناقشه المصنف في ذلك .

وإذا قلنا بالأصح وهو : أنه يتبع شرطه في عدم الإيجار ، وكان الوقف علىٰ جماعة تهايؤوا في السكن واقترعوا بينهم ، فلو كان الموقوف عبداً أو حيواناً . . فنفقته علىٰ من هو في يده .

ولو شرط الواقف أن لا يعار . . اتبع شرطه ، وإن سكت عنه . . جازت الإعارة ؛ لأن من ملك منفعة ملك إعارتها .

---

(١) أبو داوود (٣٥٥٥) ، والنسائي (٦/٢٧٣) ، وأصله في « الصحيحين » : البخاري (٢٦٢٥) ، ومسلم (١٦٢٥) .

(٢) في هامش (ك) : (قال الزركشي : هـٰذا من صور منقطع الأول كما لو قال : وقفته على الفقراء علىٰ أن لا يصرف إليهم من ريع السنة الأولىٰ ، وما نقل عن « البيان » غلط ليس فيه كذلك) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ مَسْجِدٍ ٱخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَٱلشَّافِعِيَّةِ . . ٱخْتُصَّ . . . .

وقول القفال[1] فيمن وقف داراً علىٰ سكنىٰ معلم صبيان القرية : ليس له إسكان غيره . . فيه وقفة ؛ فنص الشافعي يدل علىٰ خلافه .

قال الشيخ : ولا بأس بموافقته إذا اقتضاه عرف ، فأما بيت المدرس وشيخ الرباط . . فقد رأينا الناس يتسامحون في إعارة ذلك ، فإذا اقتضاه العرف ولم يفت به غرض الواقف . . فلا بأس .

قال : وبلغني أن المصنف رحمه الله لما ولي دار الحديث بدمشق وبها قاعة للشيخ . . لم يسكنها وأسكنها غيره .

فرع :

سبق في (الإجارة) : أنه لو شرط أن لا يؤجر إلا ثلاث سنين ، فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد قبل مضي المدة الأولىٰ . . عن ابن الصلاح : أنه لا يصح الثاني إلا إذا خرب ولم تمكن عمارته إلا بإيجار سنين[2] ، فإنه أفتىٰ بجواز إجارته سنين في عقود متفرقة[3] ؛ لأن اتباع شرط الواقف في ذلك يؤدي إلىٰ مخالفة مصلحة الوقف ، وبذلك أفتى ابن رزين وجماعة من علماء عصره ، ووافقهم الشيخ ، والذي أعتقده عدم جواز ذلك ؛ فقد رأيت بمكة وغيرها أوقافاً استؤجرت كذلك فتملكها أولاد مستأجريها وعرفت بهم ، وخرجت عن مسمى الوقف .

قال : (**وأنه إذا شرط في وقف مسجد اختصاصه بطائفة كالشافعية . . اختص**) ؛ رعاية لغرضه ، واتباعاً لشرطه ، وقطعاً للنزاع في الشعائر ، فلا يصلي فيه ولا يعتكف غيرهم ، وما دام واحد منهم موجوداً . . فله منع الغير منه ، لـٰكن صرح القاضي في (كتاب الجزية) بكراهة ذلك[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

والثاني : لا يختص ولا يتبع شرطه ؛ لأن جعل البقعة مسجداً كالتحرير فلا معنىٰ لاختصاصه بجماعة ، وصححه الإمام والغزالي والشيخ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « إن المساجد لم تبن لهـٰذا ، إنما بنيت لذكر الله والصلاة عامة »(1) .

فعلىٰ هـٰذا : قال المتولي : يفسد الوقف بفساد الشرط ، وقال الإمام : لا يفسد ؛ إذ لا أثر للشروط الفاسدة في التحرير .

وعبر في « المحرر » بـ(أصحاب الحديث) ، والمراد بهم : الفقهاء الشافعية ، فصرح بهم المصنف ، كما أن المراد بأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية ، وهـٰذا عرف خراسان .

وقال في « المطلب » : سمعت بعض الفضلاء يقول : أصحاب الحديث : الشافعية والمالكية والحنابلة ، وأصحاب الرأي : أصحاب أبي حنيفة فقط .

قال الشيخ : وأما قولهم في (كتاب الأقضية) : علماء الفريقين . . فالمراد : الفقهاء والمحدثون .

قال : (**كالمدرسة والرباط**) ؛ فإنه يختص بهم بلا خلاف وإن كانا قد ألحقا بالمسجد في التحرير .

والفرق : أن النفع هنا عائد عليهم ، بخلافه في المسجد ؛ فإن صلاتهم في ذلك المسجد وغيره سواء .

ولو جعل البقعة مقبرة وخصها بطائفة . . فطريقان :

أحدهما : أنها كالمسجد .

والثانية : تختص قطعاً وهو الأصح ؛ لأن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء .

ولو وقف المسلم أرضه مقبرة . . دفن فيها المسلم دون الكافر ، كذا قاله الإمام(2) .

---

(1) أخرجه مسلم (٥٦٨) ، وأبو داوود (٤٧٣) ، وابن ماجه (٧٦٧) ، وغيرهم .

(2) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ شَخْصَيْنِ ثُمَّ ٱلْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَٱلأَصَحُّ ٱلْمَنْصُوصُ : أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى ٱلآخَرِ . . . .

قال : (**ولو وقف علىٰ شخصين ثم الفقراء فمات أحدهما . . فالأصح المنصوص : أن نصيبه يصرف إلى الآخر**) ؛ لأن انتقاله إلى الفقراء مشروط بانقراضهما ولم يوجد ، فإذا امتنع الصرف إليهم . . فالصرف إلىٰ من ذكره الواقف أولىٰ .

والثاني ـ وبه أفتى القاضي حسين ـ : يصرف إلى الفقراء ، كما أن نصيبهما إذا انقرضا يكون لهم .

قال الرافعي : والقياس أن يجعل الوقف في نصيبه منقطع الوسط ، ولا يصرف إلىٰ صاحبه ولا إلى المساكين ، ومعناه : أن مصرفه في هـٰذه الحالة مصرف منقطع الوسط ، وهـٰذا وجه منسوب للسرخسي .

تتمة :

محل ما ذكره المصنف ما إذا لم يذكر بينهما ترتيباً ، فلو وقف علىٰ زيد ثم علىٰ عمرو ثم علىٰ بكر ثم على الفقراء ، فمات عمرو قبل زيد ، ثم مات زيد . . قال الماوردي والروياني : لا شيء لبكر ، وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء ، وأفتى القاضي والبغوي بصرفه إلىٰ بكر[١] ، كما إذا وقفه علىٰ ولده ثم علىٰ ولد ولده ثم على الفقراء فمات ولد الولد ثم الولد . . يرجع إلى الفقراء .

ولو وقف علىٰ فلان وفلان ما عاشا فمات أحدهما . . انقطع حقه وحق الثاني .

ولو قال : هاتان النخلتان وقف على فلان ما حملتا فانقطع حمل إحداهما . . انقطع حق الموقوف عليه .

ولو وقف على اثنين ولم يبين من يصرف إليه من بعدهما ـ وقلنا بصحة وقف منقطع الآخر ـ فمات أحدهما ، فهل يكون نصيبه للآخر أو يكون لمن يصرف إليه نصيباهما إذا ماتا؟ فيه هـٰذا الخلاف ، هـٰذه عبارة « الجواهر » ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

قَوْلُهُ : وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي يَقْتَضِي ٱلتَّسْوِيَةَ بَيْنَ ٱلْكُلِّ ، . . . .

فيه وجهان ، قال الشيخ : وينبغي أن يكون أصحهما : أنه للآخر ، لٰكن هل هو منقطع الوسط أو منقطع الآخر؟ لا تظهر لذلك فائدة علمية[١] .

قال : (فصل) :

عقده لبيان أحكام الوقف الصحيح ، وهي لفظية ومعنوية ، فذكر في هٰذا الفصل اللفظية وفي الذي بعده المعنوية ، والأصل فيها : أن شروط الواقف شرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف ويناقضه ، وعلىٰ ذلك جرت أوقاف الصحابة ، فعمر شرط في الأرض التي وقفها أن لا جناح علىٰ من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، وأن تليها حفصة في حياتها وبعدها ذوو الرأي من أهلها ، رواه أبو داوود [٢٨٧١] ، وفاطمة وقفت لنساء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولفقراء بني هاشم وبني المطلب ، رواه الشافعي في « مسنده » [١/٣٠٩] .

قال : (**قوله : وقفت علىٰ أولادي وأولاد أولادي يقتضي التسوية بين الكل**) في أصل الإعطاء والمقدار باتفاق الأصحاب ؛ لأن الأصل اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الأحكام .

وقال ابن الرفعة : ينبغي إذا قيل : الواو للترتيب[٢] . . أن يقدم الأولاد علىٰ أولاد الأولاد ، ولم يذكروه .

وأدخل المصنف الألف واللام علىٰ (كل) ، والجمهور علىٰ منعه ، وأجازه الأخفش والفارسي ، واستعمله الزجاجي في « الجمل » .

---

(١) كذا في (ت) بزيادة : (**تتمة** :
في « فتاوى القفال » : أنه لو وقف علىٰ رباط أو مسجد معين ولم يذكر المصرف ، إن خرب . . فهو منقطع الآخر ، وفصل المتولي فقال : إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه بأن كان في وسط البلد . . فهو صحيح ، وإن كان في قرية أو جادة . . فهو منقطع الآخر) .

(٢) في (ك) : (كما قاله الماوردي في « باب الوضوء ») .

وَكَذَا لَوْ زَادَ : مَا تَنَاسَلُوا ، أَوْ بَطْناً بَعْدَ بَطْنٍ . وَلَوْ قَالَ : عَلَىٰ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا ، أَوْ عَلَىٰ . . . .

قال : (**وكذا لو زاد : ما تناسلوا**) فيقتضي التسوية بين الجميع كقوله وإن سفلوا ، وإن قال : وقفت علىٰ نسلي . . استغنىٰ عن قوله : (ما تناسلوا) ، وهـٰذا أيضاً لا خلاف فيه ، والضمير في (تناسلوا) للأولاد ؛ أي : هم وأنسالهم علىٰ سبيل المجاز ؛ ليفيده فائدة زائدة .

قال : (**أو بطناً بعد بطن**) فحكمه التسوية بين الجميع حملاً على التعميم ، هـٰذا هو الصحيح عند الشيخين تبعاً للفوراني والبغوي ، ونقلا عن أبي طاهر الزيادي أن قوله : (بطناً بعد بطن) يقتضي الترتيب كما لو قال : الأعلىٰ فالأعلىٰ أو الأقرب فالأقرب ، وقطع به الإمام والغزالي والماوردي والبندنيجي ومجلي وصاحب « التعجيز » وجمهور الأصحاب ، وأيضاً الرافعي والمصنف قد جزما في : (الأعلىٰ فالأعلىٰ) بأنه للترتيب ، وعلىٰ هـٰذا : هنا هو ترتيب بين البطنين فقط ، فإذا انقرض الأول . . كان للثاني ، ثم ليس لأولادهم شيء ، بل إن ذكر مصرفاً آخر . . صرف إليه ، وإلا . . كان منقطع الآخر ، كذا نبه عليه الشيخ ، وهو حسن .

ولو قال : نسلاً بعد نسل . . فهو كقوله : بطناً بعد بطن ، فلو جمع بين اللفظين فقال : بطناً بعد بطن ونسلاً بعد نسل . . ففيه وجهان :

أحدهما ـ أفتىٰ به الأستاذ أبو طاهر الزيادي والقاضي حسين ـ : أنه للترتيب ، وهو الظاهر .

والثاني : أنه ليس للترتيب[1] ، قاله أبو عاصم العبادي والفوراني ، وجعلا معناه معنىٰ ما تناسلوا ، ولم يذكر الشيخان هـٰذه الصورة .

وانتصب قوله : (بطناً) على الحال ؛ أي : مترتبين كقوله ادخلوا الأول فالأول .

وقوله : (بعد بطن) ظرف لمحذوف ؛ أي : كائناً بعد بطن .

قال : (**ولو قال : علىٰ أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم ما تناسلوا ، أو علىٰ**

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

أَوْلاَدِي وَأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي ٱلأَعْلَىٰ فَٱلأَعْلَىٰ أَوِ ٱلأَوَّلِ فَٱلأَوَّلِ . . فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ . وَلاَ يَدْخُلُ أَوْلاَدُ ٱلأَوْلاَدِ فِي ٱلْوَقْفِ عَلَى ٱلأَوْلاَدِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

أولادي وأولاد أولادي الأعلىٰ فالأعلىٰ أو الأول فالأول . . فهو للترتيب) ؛ لدلالة اللفظ عليه بـ(ثم) في الأولىٰ ، وبتصريحه به في الثانية ، قال في « الروضة » : ومراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع ، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون ، فلا يصرف إلىٰ بطن وهناك أحد من بطن أقرب منه ، صرح به البغوي وغيره[١] .

وفي الأولىٰ وجه ضعيف بعيد : أنه لمطلق الجمع ، وهل يقسم بين الأولاد كالإرث أو يسوىٰ بين الذكر والأنثىٰ كالهبة؟ الأقرب : الثاني[٢] .

وضبط المصنف (الأول فالأول) بكسر اللام ، ويجوز فيه الفتح أيضاً ، فالكسر : إما على البدل وإما علىٰ إضمار فعل ؛ أي : وقفته على الأول فالأول ، والفتح : إما على الحال ، والألف واللام قيل : زائدة ، وقيل : معرفة ، وإما علىٰ أنه شبه بالمفعول .

قال : (**ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد في الأصح**) ؛ لأن اسم الولد حقيقة لا يطلق إلا علىٰ أولاد الصلب ، ولهـٰذا ينتظم أن يقال : ليس هـٰذا ولده وإنما هو ولد ولده .

والثاني : يدخل ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً »[٣] ، وقال صلى الله عليه وسلم : « إن ابني هـٰذا سيد »[٤] .

والثالث : يدخل أولاد البنين دون أولاد البنات ؛ لصحة الانتساب ، ولذلك قال

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) أخرجه البخاري (٢٨٩٩) ، وابن حبان (٤٦٩٣) ، وابن ماجه (٢٨١٥) ، وغيرهم .
(٤) أخرجه البخاري (٢٧٠٤) ، وأبو داوود (٤٢٨٩) ، والترمذي (٣٧٧٣) ، وغيرهم .

. . . .

صلى الله عليه وسلم : « أنا ابن عبد المطلب »[1] .

ومأخذ الخلاف : أن إطلاق لفظ الولد عليهم هل هو حقيقة أو مجاز؟ والأصح : الثاني .

فإن قيل : كان ينبغي ترجيح الدخول علىٰ قاعدة الشافعي في حمل اللفظ علىٰ حقيقته ومجازه كما سيأتي في الوقف على الموالي حيث حمل اللفظ على الأعلىٰ والأسفل . . فالجواب : أن ذلك حيث لا تترجح الحقيقة ، وهنا ترجحت بالاشتهار .

وهـٰذا الخلاف عند الإطلاق ، فإن أراد الجمع . . دخل أولاد الأولاد قطعاً ، فإن لم يكن له إلا أولاد أولاد . . استحقوا ؛ صيانة للكلام عن الإلغاء ، وأجرىٰ صاحب « التعجيز » فيه الخلاف المتقدم .

وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم كقوله : وقفت علىٰ أولادي لصلبي أو علىٰ أولادي ، فإذا انقرضوا . . فلأحفادي الثلث ، والباقي للفقراء .

ولو وقف علىٰ أولاده وأولاد أولاده . . ففي دخول أولاد الأولاد الخلاف .

ولو قال : علىٰ أولادي وليس له إلا ولد واحد . . اختص به على المذهب .

وأجرىٰ في « المطلب » في (باب ما يحرم من النكاح) الخلاف فيما إذا قال : علىٰ أمهاتي ، هل يتناول الجدات؟

ولو كان أحدهم حملاً عند الوقف هل يدخل حتىٰ يوقف له شيء؟ حكى المتولي وجهين .

أحدهما : نعم كما في الميراث ، ويستحقون الغلة لمدة الحمل ، واختاره الشيخ ؛ لأن الولد هو المتولد عنه ، وهـٰذا المعنىٰ حاصل له وهو حمل .

وأصحهما : لا ؛ لأنه قبل الانفصال لا يسمىٰ ولداً .

---

(١) أخرجه أبو عوانة في « المسند » (٦٧٥٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٦/ ١٨١) ، وغيرهم .

وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ ٱلْبَنَاتِ فِي ٱلْوَقْفِ عَلَى ٱلذُّرِّيَّةِ وَٱلنَّسْلِ وَٱلْعَقِبِ وَأَوْلَادِ ٱلأَوْلَادِ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : عَلَىٰ مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ . . . .

قال : (**ويدخل أولاد البنات في الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد**) خلافاً لمالك وأحمد وأصحاب أبي حنيفة .

لنا : قوله تعالىٰ في إبراهيم : ﴿ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ ﴾ ، إلىٰ أن ذكر عيسىٰ وليس هو إلا ولد البنت ، والنسل والعقب في معنى الذرية ، وأما أولاد الأولاد . . فلأن البنات أولاده فأولادهن أولاد الأولاد حقيقة .

و(العقب) بكسر القاف وسكونها : ولد الرجل الذي يأتي بعده .

قال : (**إلا أن يقول : علىٰ من ينتسب إلي منهم**) فلا يدخل أولاد البنات ؛ لعدم انتسابهم إليه ، بل إلىٰ آبائهم ، قال تعالىٰ : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ .

وقيل : يدخلون ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في ابن بنته الحسن : « إن ابني هـٰذا سيد » رواه البخاري ، وجوابه : أن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم بدليل : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾ .

وسواء كان الواقف رجلاً أو امرأة[1] ، ولا يدفع هـٰذا قولهم في (كتاب النكاح) : إنه لا مشاركة بين الأم والابن في النسب ، فلو قال : على الذين ينتسبون إلي بأمهاتهم . . لم يكن لأولاد البنين شيء .

فروع :

المستحقون في هـٰذه الألفاظ لو كان أحدهم حملاً عند الوقف هل يدخل حتىٰ يوقف له شيء؟ فيه وجهان : أصحهما : لا ؛ لأنه قبل الانفصال لا يسمىٰ ولداً .

والوقف على الأولاد يدخل فيه البنون والبنات والخناثىٰ ، وعلى البنين أو على البنات لا يدخل فيه المشكل ، وعلى البنين والبنات يدخل فيه المشكل على الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (معنىٰ كلام الشارح : أن قضية الإطلاق أنه لا فرق ، لـٰكن هو ظاهر إن كان الواقف رجلاً ، فإن كان امرأة . . دخلوا فيه بجعل الانتساب فيها أخوياً لا شرعياً ، فالتقييد فيها لبيان الواقف لا للإخراج) .

. . . .

والصحيح : أن الولد المنفي باللعان لا يستحق شيئاً ؛ لانقطاع نسبه وخروجه عن كونه ولداً ، فلو استلحقه بعد نفيه . . دخل في الوقف قطعاً .

ولو وقف علىٰ عترته : قال ابن الأعرابي وثعلب : هم ذريته ، وقال القتيبي : عشيرته ، وهما وجهان لأصحابنا أصحهما : الثاني .

قال الرافعي : وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم ، واختار المصنف أن يدخل في ذلك ذريته وعشيرته الأدنون .

ولو قال : علىٰ عشيرتي . . فهو كقوله : علىٰ قرابتي ، وسيأتي ذلك في (الوصية) ، وقال المتولي : قبيلته أو عشيرته لا يدخل فيهم إلا قرابة الأب ، ثم من حدث منهم بعد الوقف . . يشارك الموجودين عند الوقف على الصحيح .

ولو وقف علىٰ بني تميم ـ وصححناه ـ فالأصح دخول نسائهم ، وقيل : لا ، كالوقف علىٰ بني زيد ، ولو وقف علىٰ أهل بيته . . صرف إلىٰ أقاربه رجالاً ونساء على الأصح ، وعياله : من في نفقته سوى الوالد والولد .

حادثة :

رجل وقف دوراً ونخلاً بالمدينة الشريفة علىٰ أولاده وهم : محمد ويوسف وأحمد وعائشة وفاطمة ، وكانوا حين الوقف خمسة موجودين لم يسم منهم حالة الوقف فاطمة ، ثم قال : وعلىٰ أولادهم وأولاد أولادهم ، ثم ذكر مصرفاً مؤبداً ، فمات الأولاد الخمسة وبقي أولادهم هل يدخل أولاد فاطمة التي لم تسم في الوقف معهم أو لا لأن أمهم لم تذكر؟

أجاب فيها فقهاء العصر بعدم الدخول ؛ لأن تسمية الأولاد بعد إضافتهم إليه تخصيص بعد تعميم ، فكأنه قال : أولادي هـٰؤلاء ثم أولادهم وهـٰكذا[1] .

ومذهب أحمد : أن أولاد البنت التي لم تذكر يدخلون في الوقف دون أمهم ، واختار القاضي منهم أنها تدخل أيضاً ؛ لأن قوله : (أولادي) يستغرق الجميع ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ.. قُسِمَ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: يَبْطُلُ ....

وذكر البعض تأكيد لا يخرج شيئاً من العموم الأول .

قال : (**ولو وقف علىٰ مواليه وله معتق ومعتق.. قسم بينهما**) ؛ لتناول الاسم لهما ، قال تعالىٰ : ﴿ يَوْمَ لَا يُغْنِي مَوْلًى عَن مَّوْلًى شَيْـًٔا ﴾ ، ويحكىٰ هـٰذا عن أبي حنيفة ، وهـٰذا منصوص « البويطي » ، وهو مقتضىٰ ما ذكره الأصوليون عن الشافعي : أن المشترك عنده كالعام ، وهو اختيار ابن القطان وصححه القاضي أبو الطيب وصاحب « التنبيه » والجرجاني والروياني والمتولي والفوراني والقفال الكبير وغيرهم ، ونقله الشيخ شرف الدين البارزي عن الأكثرين .

قال : (**وقيل : يبطل**) ؛ لما في اللفظ من الإجمال والإبهام وامتناع حمل اللفظ الواحد علىٰ معنيين مختلفين ، واستبعده الإمام ، وصححه الغزالي وابن أبي عصرون ؛ لأن المولىٰ يطلق على الرب والمالك والسيد والمنعم والمعتق والناصر والمحب والدافع والجار وابن العم والخليفة والعقيد والصهر والعبد والمنعم عليه ، فهـٰذه خمسة عشر معنىٰ .

ومأخذ الوجهين : أن المشترك هل هو عام أو مجمل؟ والمنصوص الأول ، لـٰكنه نص في « الأم » في (باب التدبير) في التعليق علىٰ رؤية العين علىٰ أن اللفظ المشترك لا يراد به جميع معانيه ، ولا يحمل عند الإطلاق عليها ، فصرح بمنع الحمل والاستعمال ، فتصحيح الصحة في الوقف على الموالي وحمله عليهما مخالف لذلك[1] ، و« المحرر » لم يصحح شيئاً منهما ، بل قال : رجح كلاً مرجحون ، وكذلك لم يصحح في « الشرحين » شيئاً ، وأقر المصنف صاحب « التنبيه » علىٰ تصحيح القسمة ، وصححه في زوائد « الروضة » تبعاً له .

والثالث : أنه يختص بالأعلىٰ ؛ لأنه أنعم عليه بالإعتاق فكان أحق بالمكافأة .

والرابع : أنه للعتيق ؛ لاطراد العادة بإحسان السادة إلى العتقاء .

والخامس : يوقف حتىٰ يصطلحوا ، وليس بشيء ، واستشكل الرافعي في (الوصية) محل الخلاف بأن اللافظ إن قصد أحدهما.. وجب حمل اللفظ عليه

(١) في هامش (ك) : (الفرق بينهما واضح) .

. . . .

قطعاً ، وإن لم يقصد واحداً منهما . . فلا يتجه إلا القسمة أو الإبطال .

وإذا وقف علىٰ مواليه وليس له إلا أحدهما . . حمل عليه باتفاق الأصحاب ، فلو حدث له الآخر بعد ذلك . . فيظهر : أنه يدخل[(١)] كما لو وقف على الإخوة فحدث أخ[(٢)] ، ولا يدخل فيهم من يعتق بموته كالمستولدة والمدبر على الأصح ؛ لأنهما ليسا من الموالي لا حال الوقف ولا حال الموت ، ولو كان له واحد من جهة واثنان من جهة . . صرف للجميع ، قاله في « الكفاية » نقلاً عن « المحيط »[(٣)] ، لـٰكن يبقى النظر في أنه هل يصرف نصفين بينهما أو ثلثاً وثلثين[(٤)]؟

ولو وقف علىٰ مولاه بالإفراد . . قال الإمام : لا يتجه الاشتراك وتنقدح مراجعة الواقف ، والقاضي الطبري وابن الصباغ ذكرا الأوجه الثلاثة الأول في صورة الإفراد أيضاً[(٥)] .

فروع :

قال : وقفت علىٰ أولادي ، فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء . .

---

(١) في هامش (د) : (الراجح : عدم الدخول) .

(٢) في هامش (ك) : (تبع في هـٰذا ابن النقيب ، قال الولي العراقي : وفيه نظر ؛ لأن إطلاق المولىٰ علىٰ كل منهما من الاشتراك اللفظي ، وقد دلت القرينة ـ وهي الانحصار في الوجود ـ علىٰ أحد المعنيين فصار المعنى الآخر غير مراد ، وأما عدم القرينة : فيحمل عليهما احتياطاً أو عموماً علىٰ خلاف في ذلك مقرر في الأصول ، بخلاف الوقف على الإخوة ؛ فإن الحقيقة واحدة ، وإطلاق الاسم علىٰ كل واحد من التواطيء ، فمن صدق عليه الاسم . . استحق من الوقف إلا أن يقيد الواقف بالموجودين حالة الوقف فيتبع تقييده) ورمز لقول العراقي بالصحة .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) للصرف ثلثاً وثلثين بالصحة .

(٥) في (ك) : (الخلاف لا يختص بحالة الجمع كما مثل به ، بل لو قال : علىٰ مولاي جرى الخلاف فيه ، ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، وقال الإمام : لا يتجه الاشتراك وينقدح مراجعة الواقف ، لـٰكن المختار في الأصول : أنه لا فرق في عموم المفرد بين المشترك والجمع) ورمز في هامشها لصحة قول أبي الطيب وابن الصباغ .

وَٱلصِّفَةُ ٱلْمُتَقَدِّمَةُ عَلَىٰ جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي ٱلْكُلِّ كَوَقْفْتُهُ عَلَىٰ مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي ، وَكَذَا ٱلْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا . . . .

فهـٰذا وقف منقطع الوسط على الصحيح وحكمه ما سبق ؛ لأنه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئاً ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء ، وقيل : يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب .

ولو قال : وقفت علىٰ سكان موضع كذا فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره ولا استبدل داراً . . لم يبطل حقه ، ذكره العبادي .

ولو وقف علىٰ زيد بشرط أن يسكن موضع كذا ثم من بعده على الفقراء . . فهو وقف منقطع ؛ لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه ، واستحقاقه مشروط بشرط قد يتخلف .

قال : (**والصفة المتقدمة علىٰ جمل معطوفة تعتبر في الكل كوقفته علىٰ محتاجي أولادي وأحفادي وإخوتي ، وكذا المتأخرة عليها**) فتشترط الحاجة في الأحفاد والأخوة ، تقدمت الصفة أو تأخرت ؛ لأن الأصل اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في جميع المتعلقات كالصفة والشرط والغاية والاستثناء .

والأصل في ذلك : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ ﴾ ، اتفق الشافعي وأبو حنيفة علىٰ أن الحد لا يسقط بتوبته ؛ لأنه حق آدمي ، واتفقا علىٰ أن اسم الفسق يسقط بالتوبة ، واختلفا في قبول الشهادة : فأبو حنيفة لا يقبلها ؛ لأن الاستثناء عنده إنما يرجع إلى الجملة الأخيرة ، والشافعي يقبلها بعد التوبة ؛ لأنه يرىٰ أنه يعود إلى الجميع ، خرجنا عنه في الحد بدليل ، فيبقىٰ فيما عداه علىٰ مقتضى اللفظ ، واختار الشيخ : أنه لا فرق في العطف بين الواو وغيرها ، ورأى الإمام تقييد ذلك بقيدين :

أحدهما : أن يكون العطف بالواو الجامعة ، فإن كان بثم أو بالفاء . . اختصت الصفات بالجملة الأخيرة ، وتبعه علىٰ هـٰذا ابن الحاجب والآمدي .

والثاني : أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل ، فإن تخلل كما لو قال : وقفت علىٰ أولادي علىٰ أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين ،

وَٱلِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِوَاوٍ ، كَقَوْلِهِ : عَلَىٰ أَوْلاَدِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي ٱلْمُحْتَاجِينَ ، أَوْ إِلاَّ أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ . . . .

وإن لم يعقب فنصيبه للذي في درجته ، فإن انقرضوا فهو مصروف إلىٰ إخوتي إلا أن يفسق أحدهم . . فالاستثناء يختص بالإخوة .

ولم يذكر الأصحاب حكم العطف بـ(لـٰكن) وبـ(بل) وبـ(أو) ، وذكر النحاة المسألة ولم يخصوها بالجمل ، بل فرضوها في المفردات ، والفقهاء لا فرق عندهم بين الجمل والمفردات ، بل الحكم كذلك في الضمير أيضاً ، فإذا ذكر أموراً ثم عقبها بضمير . . عاد إلى الجميع .

وسكت المصنف وغيره عن حكم المتوسطة ، والأشبه : اختصاصها بما وليته[1] ، ويدل له ما نقله الشيخان في أوائل (الأيمان) عن ابن كَج : أنه لو قال : عبدي حر إن شاء الله وامرأتي طالق ونوىٰ صرف الاستثناء إليهما . . صح ، فأفهم : أنه إذا لم ينو . . لم يحمل عليهما ، وإذا كان هـٰذا في الشرط الذي صدر له الكلام . . فالصفة أولىٰ ، والمسألة مبسوطة في كتب الأصول .

قال : (**والاستثناء**) أي : وكذلك الاستثناء يعتبر في الجميع .

قال : (**إذا عطف بواو كقوله علىٰ أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين أو إلا أن يفسق بعضهم**) لما تقدم ، هـٰكذا جزم به الشيخان هـٰهنا وحكيا في الباب الرابع من الطلاق فيه خلافاً ، ورجحا العود إلى الأخير ، ولم يتعرضا هنا لضابط المحتاج ، وضبطه القفال بالذي تحل له الصدقة الواجبة[2] .

و(الأحفاد) جمع حافد وهو : ولد الولد قال تعالىٰ : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾ ، سموا بذلك ؛ لإعانتهم لجدهم ، يقال : رجل محفود إذا كان له خدام وأعوان ، وأصله : الإسراع ، ومنه وإليك نسعىٰ ونحفد ؛ أي : نسرع إلىٰ طاعتك وعبادتك .

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد : رجوعها إلىٰ ما قبلها وإلىٰ ما بعدها) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

فروع :

الأول : الوقف على الإخوة يشمل الأخوات ، كذا قاله الماوردي ، وبه أفتى الشيخ وفقهاء الشام ومصر ، وهو المعتمد .

ووقع في « الشرح الكبير » في آخر (الوصية) الجزم بعدم دخولهن في اسم الإخوة[1] ، ويدل للأول إجماع الصحابة علىٰ أن الأم تحجب بالأخوات كما تحجب بالإخوة[2] .

الثاني : أفتىٰ قاضي القضاة ابن رزين بأنه لا يجوز نصب مدرسين في مدرسة[3] ، وأن من وقف علىٰ زيد والأشراف المقيمين بالبلد الفلاني فأقام زيد بتلك البلد وكان شريفاً . . استحق معهم مضافاً لما له[4] ، قال : لأن تخصيصه المقيمين يقتضي استيعابهم ـ قال ـ وبهـٰذا فارق ما لو أوصىٰ لزيد بدينار وللفقراء بشيء آخر وكان زيد فقيراً ، حيث لا يأخذ معهم ؛ لأن الوصية للفقراء لم تثبت له استحقاقاً خاصاً ، وللوصي حرمانه وإعطاء غيره[5] .

الثالث : قال الشيخ : ووقع السؤال قديماً عما يقع في كتب الأوقاف من قولهم :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (فلو لم يوجد إلا إخوة بل واحد منهم ولو أنثىٰ . . صرف إليه ، هـٰذا هو الذي يفتىٰ به نظراً إلىٰ أن المراد الجهة ، ولا يخالف ذلك ما ذكر في « الوصية » ؛ لأن الوقف للدوام فينزل على الجهة ، بخلاف الوصية والميراث فإن المعتبر فيهما الأشخاص ، قاله الأشموني في « بسطه ») .

(٣) في هامش (ت) : (أي : إن كان وقفها الواقف علىٰ واحد فقسمت بعد ذلك بينه وبين شخص آخر) .

وفي هامش (ك) : (ضعيف في أصح القولين) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٥) في (ك) : (الثاني : وقف على جماعة من أقرب الناس إليه . . صرف إلىٰ ثلاثة من أقرب الأقارب ، قاله في « المهذب » [١/٤٤٥] ، ولم يجعل الجماعة هنا كالجماعة في « باب الصلاة » حتى يكفي اثنان ، ووافقه الشيخ على ذلك) ورمز لقول «المهذب» بالصحة .

. . . .

صرف ذلك إلىٰ أهل الوقف ، والصواب : أنهم المتناولون حينئذ ، فالمحجوب ليس من أهله وإن كان يسمىٰ موقوفاً عليه[1] .

تتمة :

تراعىٰ شروط الواقف في مقادير الاستحقاق وصفات المستحقين وزمان الاستحقاق ، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة ، فإذا وقف علىٰ أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثىٰ أو التفضيل . . اتبع ، وكذا لو وقف على العلماء بشرط كونهم علىٰ مذهب معين ، أو على الفقراء بشرط الغربة أو الشيخوخة . . اتبع ، ولو قال : علىٰ بني الفقراء أو بناتي الأرامل ، فمن استغنىٰ منهم أو تزوج . . خرج عن الاستحقاق ، فإن عاد الوصف . . عاد الاستحقاق .

قال المصنف : وينبغي أن يقال : إن كان الطلاق بائناً أو فارق بفسخ أو وفاة أن تستحق في حال العدة ؛ لأنها ليست بزوجة وإن كان رجعياً . . فلا .

وقال العبادي : لو وقف علىٰ أمهات أولاده إلا من تزوجت منهن ، فتزوجت واحدة . . خرجت ، ولا يعود استحقاقها بطلاقها[2] ، وصححه الروياني في نظيره من الزوجات فيما إذا قال : وقفت على زوجاتي ما لم تتزوجن ، والفرق من حيث اللفظ : أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة ، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تتزوج وبالطلاق لا تخرج عن كونها تزوجت ، ومن حيث المعنىٰ : أن غرضه أن تفي له أم ولده ولا يخلفه عليها أحد فمن تزوجت . . لم تف .

وفي « سنن البيهقي » : أن الزبير جعل دوره صدقة .

قال : وللمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها ، فإن استغنت بزوج . . فلا شيء لها .

قال الأصمعي : المردودة المطلقة .

وقال الشيخ عز الدين : العرف المطرد بمنزلة المشروط فينزل الوقف عليه ، فإذا

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

ٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْمِلْكَ فِي رَقَبَةِ ٱلْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى ٱللهِ تَعَالَىٰ ؛ أَيْ : يَنْفَكُّ عَنِ ٱخْتِصَاصِ ٱلآدَمِيِّينَ ، فَلاَ يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلاَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . . .

وقف على المدرس والمعيد والفقهاء بمدرسة كذا . . نزل علىٰ ما يقتضيه العرف من التفاوت بينهم وبين الفقيه والأفقه ، وكذلك ينزل علىٰ إلقاء المدرس في الغدوات فلا يكفي إلقاؤه ليلاً ولا عشية .

وقال في « أماليه » : إذا وقف علىٰ من يصلي الصلوات الخمس في هـٰذا المسجد ، أو علىٰ من يشتغل بالعلم في هـٰذه المدرسة ، أو يقرأ كل يوم في هـٰذه التربة كذا ، فأخل الإمام أو المشتغل أو القارىء بهـٰذه الوظائف في بعض الأيام . . لم يستحق شيئاً من المعلوم في مقابلة الأيام التي أدىٰ فيها الوظيفة[1] ، بخلاف ما إذا استأجره لخياطة خمسة أثواب فخاط بعضها . . فإنه يستحق حصته من الأجرة ، قال : والفرق أنا نتبع في الأعواض والعقود المعاني وفي الشروط والوصايا الألفاظ ، والوقف من باب الإرصاد والإرزاق والمعاوضات ، فمن أخل بشيء من الشرط . . لم يستحق شيئاً ؛ لانتفاء شرط الاستحقاق .

قال : ولو شرط واقف المدرسة ألا يشتغل بها المعيد أكثر من عشر سنين فمضت ولم يكن في البلد معيد غيره . . جاز استمراره وأخذه الجامكية ؛ لأن العرف يشهد أن الواقف لم يرد شغور مدرسته ، وإنما أراد أن ينتفع هـٰذا مدة[2] .

قال : وكذا الحكم في كل شرط شهد العرف بتخصيصه .

قال : (**فصل**) :

عقده لأحكام الوقف المعنوية ، وهي الثابتة له من الشارع لا بإثبات الواقف .

قال : (**الأظهر : أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالىٰ ، أي : ينفك عن اختصاص الآدميين فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه**) كالعتق والصدقة ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة .

---

(١) في هامش (ك) : (الراجح : أنه يستحق بقسط ما عمله فلا فرق بين المسألتين) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ ، . . . .

والثاني ـ وبه قال مالك ـ : لا ينتقل ، بل هو باق علىٰ ملك الواقف ؛ لأنه حبس الأصل وسبل الثمرة وذلك لا يوجب زوال ملكه ، ولهـٰذا تتبع شروطه .

والثالث ـ وبه قال أحمد ـ : ينتقل إلى الموقوف عليه كالصدقة .

والرابع ـ وهو أضعفهاـ : إن كان الوقف علىٰ معين . . فهو ملك الموقوف عليه بلا خلاف ، أو علىٰ جهة عامة . . فالملك فيه لله بلا خلاف ، واختاره الغزالي .

والخامس : مثله إلا أنه إن كان علىٰ معين . . ففيه الخلاف ، حكاه الماوردي .

قال الرافعي : كل هـٰذا فيما سوىٰ وقف التحرير ، أما وقف التحرير كالمسجد . . فالملك فيه لله بلا خلاف ، بمعنى انقطاع اختصاص الآدميين عنه ، وألحق به ابن الرفعة الربط والمدارس ، والوقف علىٰ ذلك أوسع من الوقف على المسلمين .

فإن قيل : سيأتي في (الشهادات) أن الوقف يثبت بشاهد ويمين ، وهو مخالف للمصحح هنا من أنه ملك لله ؛ فإن حقوق الله تعالىٰ لا تثبت إلا برجلين . . فالجواب : أن معنى الملك هنا : انفكاك حقوق الآدميين عنه كما تقرر ، فهو كالعتق من غير نظر إلىٰ جانب المالك ، ولذلك أشار إليه المصنف بـ(أي) التفسيرية ؛ أي : هـٰذا معنى الانتقال إلى الله تعالىٰ ، وإلا . . فجميع الموجودات له في كل الأوقات ، بل قال إمام الحرمين في كتاب « الشامل » : لا يتصور في حق العباد ملك الرقاب وإن أطلق توسعاً وتجوزاً ؛ إذ المالك في الحقيقة هو الله تعالىٰ .

قال : (**ومنافعه ملك للموقوف عليه**) يتصرف فيه تصرف الملاك في الأملاك ، لـٰكن يستثنىٰ منه : وقف المسجد والبئر والمقبرة ونحوها ، فللواقف أن يصلي ويستقي ويدفن ويكون كأحدهم بالاتفاق كما فعل عثمان في بئر رومة ، فإنه سبلها وجعل دلوه فيها كدلاء المسلمين ، رواه النسائي والترمذي وقال : حسن .

قال : (**يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة**) بالاتفاق وإن قلنا الملك في الرقبة لله ؛ لأن ذلك مقصود الواقف ، وهـٰذا ما لم يشترط نفي الإجارة ، فإن اشترط نفيها . . امتنع كما سبق .

وفهم من تجويز الإعارة : تجويز الإجارة بدون أجرة المثل من باب أولىٰ .

هـٰذا إذا كان الوقف مطلقاً ، فإذا قال : وقفت داري ليسكنها معلم الصبيان في هـٰذه القرية . . فللمعلم أن يسكنها وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها ، وقد تقدمت الإشارة إلىٰ هـٰذا عند قول المصنف : (والأصح : أنه إذا وقف بشرط أن لا يؤجر اتبع) .

ولو قال : وقفت داري علىٰ أن تستغل وتصرف غلتها إلىٰ فلان . . تعين الاستغلال ولم يجز أن يسكنها كما أفتىٰ به القفال وغيره ، وقوة كلام المصنف تعطي أن الموقوف عليه يؤجر ، والصحيح : منعه إلا أن يكون ناظراً أو أذن له في ذلك .

فرع :

إذا حصل في استيفاء المنفعة من الموقوف عليه نقص من عين الوقف كرصاص الحمام ، إذا استوفى الموقوف عليه الأجرة . . لزمه قيمة ما أذهبته النار من الرصاص مما قبضه من الأجرة وصرفه في مثله ، قاله في « المطلب » تفقهاً ، وعمل الناس عليه .

وإذا وقف ثوراً للإنزاء . . جاز ، ولا يجوز استعماله في الحراثة ، ولا يجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة وإن خرجت عن الانتفاع ، كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف ، لـٰكن لو صارت بحيث يقطع بموتها . . قال المتولي : تذبح للضرورة ، وفي لحمها طريقان : أشهرهما : يشترىٰ بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف .

والثاني : البناء علىٰ أقوال الملك ، فإن قلنا : للواقف أو الموقوف عليه . . صرف لهما ، وإن قلنا : لله تعالىٰ . . فعل فيه الحاكم ما رآه مصلحة[1] .

قال : (**ويملك الأجرة**) كما لو أجر ملكه[2] ، وتصرف إليه الأجرة في الحال ، فلو أجر الناظر الوقف سنين بأجرة معجلة . . فظاهر إطلاق المصنف : صرفها إليه في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قال الزركشي : وفي كونه يملكها في هـٰذه الحالة نظر) ورمز له بالصحة .

وَفَوَائِدَهُ كَثَمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ ، وَكَذَا ٱلْوَلَدُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلثَّانِي : يَكُونُ وَقْفاً . .

الحال وإن احتمل عدم بقائه لمدة إجارتها ، وبه صرح ابن الرفعة[1] وقال : نبهت علىٰ ذلك ؛ لأن بعض من أدركت من القضاة العلماء كان يمنعه من التصرف في جميع الأجرة ، ولا يصرفها له جملة خشية انتقالها لغيره ، وبهـٰذا صرح القفال في « الفتاوىٰ » فقال : لو وقف علىٰ أولاده ثم نسلهم ثم الفقراء فأوجر عشر سنين مثلاً وأخذت الأجرة . . لم يجز للقيم أن يعجل لهم الأجرة ، وإنما يعطي بقدر ما مضىٰ من الزمان ، فإن دفع أكثر فمات أحد . . فعلى القيم الضمان ، وقد تقدمت المسألة في أواخر (باب الإجارة) .

قال : (**وفوائده**) أي : ويملك فوائده (**كثمرة وصوف ولبن**) ؛ لأن الوقف لذلك ينشأ ، فإن كان الموقوف شجرة . . ملك ثمارها ، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كأغصان الخلاف فإنها كثمار غيرها ، وإن كان بهيمة . . ملك الصوف والوبر واللبن والريش والبيض ؛ لأن ذلك مقصود الوقف .

هـٰذا فيما حدث بعد الوقف ، أما الموجود حالة الوقف . . فهو للواقف إذا كانت الثمرة مؤبرة ، فإن لم تكن مؤبرة . . فقولان[2] .

هـٰذا إذا أطلق الوقف أو شرطه للموقوف عليه ، فإن وقف دابة علىٰ ركوب إنسان ولم يتعرض لصوفها ولا لبنها . . فالمذهب : أنه للواقف .

ولو جعل الركوب لشخص والصوف واللبن لآخر . . اتبع بلا خلاف ، وأما الأكساب . . فيملك المعتاد منها والنادر كما سيأتي في مهر الموطوءة ، لـٰكن المرجح في الموصىٰ بمنفعته أنه يملك المعتاد خاصة ، والفرق قوة الملك هنا .

قال : (**وكذا الولد في الأصح**) كاللبن والثمرة ، ولا يخفىٰ أن المراد : الولد الحادث ، أما غير الحادث . . فإن الخلاف فيه مرتب ، وأولىٰ بالدخول كما تقدم .

[قال] : (**والثاني : يكون وقفاً**) ؛ تبعاً لأمه كولد الأضحية .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (د) : (وينبغي أن تكون للموقوف عليه) ، وفي هامش (ك) : (أرجحهما : أنها موقوفة كالحمل المقارن) .

وَلَوْ مَاتَتِ ٱلْبَهِيمَةُ . . ٱخْتَصَّ بِجِلْدِهَا . ولَهُ مَهْرُ ٱلْجَارِيَةِ إِنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، . . . .

وقال السرخسي : الخلاف في ولد الفرس والحمار ، أما ولد النعم . . فيملك قطعاً ؛ لأن المقصود منها الدر والنسل .

وقيل : يصرف إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف إلا أن يصرح بخلافه ، وخص ابن أبي هريرة الخلاف بغير المحبس في سبيل الله ، قال : فأما الفرس المحبس فيه . . فولده وقف كأصله ، وقد تقدم في (زكاة التجارة) حكم الولد في غالب أبواب الفقه .

قال : (**ولو ماتت البهيمة . . اختص بجلدها**) ؛ لأنه أولىٰ به من غيره ، فلو دبغه . . ففي عوده وقفاً وجهان : رجح المتولي أنه يعود وقفاً[١] .

هـٰذا إذا أطلق ، فإن خصه ببعض المنافع . . فلا .

قال في « الدقائق » : وعبرت بالاختصاص ؛ لأن النجس لا يوصف بأنه مملوك . اهـ

وقد حكى الماوردي فيه أوجهاً : ثالثها : يوصف به ما كان أصله ملكاً كالميتة ، بخلاف الكلب ونحوه .

قال : (**وله مهر الجارية إن وطئت بشبهة**) كاللبن والثمرة ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**أو نكاح إن صححناه**) ؛ لأن المهر من جملة الفوائد ، وهـٰذا لا خلاف فيه أيضاً ، ولأن المهر سبيله سبيل الأكساب ، ولأن الوقف يقتضي تملك المنافع المعتادة ، ومنفعة البضع ليست منها ، والأصل في ذلك : أن وطء الجارية الموقوفة لا يجوز للواقف ولا للموقوف عليه بلا خلاف ولو قلنا : الملك فيها لهما[٢] ؛ لأنه ملك ضعيف .

وإن وطئت . . فلها أحوال :

أحدها : أن يطأها أجنبي ، فإن لم تكن هناك شبهة . . لزمه الحد والولد رقيق ، فإن

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

كانت مكرهة.. فلها المهر ، ثم هو للموقوف عليه ، وكذا لو طاوعت وهي ممن لا تعتبر مطاوعتها ، بخلاف ما لو كانا زانيين.. فلا مهر على الأصح .

وإن كان شبهة.. فلا حد ويجب المهر والولد حر وعليه قيمته ، ويكون ملكاً للموقوف عليه .

الحال الثاني : أن يطأها الموقوف عليه ، فإن لم تكن شبهة.. قيل : لا يحد لشبهة الملك ، والأصح : بناؤه على أقوال الملك ؛ إن لم نملكه.. حد[1] ، كما لو وطىء الموصىٰ له بالمنفعة الجارية ، وهل الولد ملك أو وقف؟ فيه وجهان[2] كذا قاله الرافعي هنا ، وقال في الموصىٰ له بالمنفعة : إن وطىء.. لم يحد ، وفيه وجه : أنه يحد ، واختصره في « الروضة » فقال : لم يحد على الصحيح المشهور ، وقيل : يحد كالمستأجر ، وهاذا يناقض ما صححه الرافعي هنا .

وإن وطىء بشبهة.. فلا حد والولد حر ولا قيمة عليه ، ولا تصير الجارية أم ولد على الصحيح فيهما .

الثالث : أن يطأها الواقف ، فإن لم يكن الوطء شبهة.. قال الرافعي[3] : فهو على أقوال الملك :

إن لم نجعل الملك له.. فعليه الحد ـ قال الشيخ : ويحتمل أن لا يحد لشبهة الملك ـ والولد رقيق ، وفي كونه ملكاً أو وقفاً الوجهان ، ولا تكون الجارية أم ولد له .

وإن جعلنا الملك له.. فلا حد ، وفي نفوذ الاستيلاد إن أولدها الخلاف في استيلاد الراهن ؛ لتعلق حق الموقوف عليه بها ، وهاذا أولىٰ بالمنع .

وإن وطىء بشبهة.. فلا حد والولد حر نسيب ، وعليه قيمته كما تقدم ، وفيما يفعل بها الوجهان ، وتصير أم ولد له ، تعتق بموته إن ملكناه ، وتؤخذ قيمتها من

---

(١) وإن ملكناه.. فلا حد .
(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : أولاهما) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَهُوَ ٱلأَصَحُّ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ قِيمَةَ ٱلْعَبْدِ ٱلْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ ، بَلْ يُشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدٌ لِيَكُونَ وَقْفاً مَكَانَهُ ، . . . .

تركته ، وفيما يفعل بها الخلاف ، وسكت الرافعي عن المهر ، والظاهر : وجوبه إذا لم نملكه وكان الوطء بشبهة[1] .

قال : (**وهو الأصح**) أشار به إلىٰ أن في تزويج الأمة الموقوفة وجهين :

أصحهما : الجواز ؛ تحصيناً لها وقياساً علىٰ إجارتها .

والثاني : المنع ؛ لما فيه من النقص ، وربما ماتت من الطلق فيفوت حق البطن الثاني ، فعلى الأصح : ولاية تزويجها مخرجة علىٰ أقوال الملك ، إن قلنا : للموقوف عليه . . زوجها بغير إذن غيره ، كذا أطلقه الرافعي وغيره ، وقيده في « المطلب » بما إذا كان النظر في الوقف له ، أما إذا كان مشروطاً للواقف أو الأجنبي . . فيكون الناظر هو المزوج كالإيجار ، وقد صرح به الماوردي[2] ، وإن قلنا : الملك لله . . زوجها الحاكم ، ويستشير الموقوف عليه لا الواقف ، وإن قلنا : الملك للواقف . . زوجها ، ولا يتوقف علىٰ وصي الحاكم ، وفي توقفه علىٰ رضا الموقوف عليه وجهان : أصحهما : نعم ، ولو طلبت التزويج . . كان لهم الامتناع على المذهب كغيرها .

وصورة المسألة : أن يقفها علىٰ أن يكون كسبها للموقوف عليه أو يطلق .

وليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا : إنها ملكه ، وإلا . . فوجهان : أصحهما : المنع احتياطاً ، ولهـٰذا لو وقفت على الإنسان زوجته . . انفسخ النكاح[3] .

قال : (**والمذهب : أنه لا يملك قيمة العبد الموقوف إذا أتلف ، بل يشترىٰ بها عبد ليكون وقفاً مكانه**) إذا قتل العبد الموقوف ، فإن تعلق بقتله قصاص . . استوفاه من

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا رأي مرجوح ، والأصح : إطلاق الشيخين) .

(٣) في هامش (ك) : (أي : إن قيل : حيث اشترطنا قبول المعين ، فإن لم نشترطه . . اعتبر عدم الرد ، حتىٰ لو رد بعد الحكم بانفساخه . . تبينا عدمه . لا يقال : انفساخه مفرع على أن الملك للموقوف عليه ، والأصح خلافه ؛ لأنا نقول : اعتضد بمراعاة مقابل الأصح ، خصوصاً وقد جعلوا في نكاح الأمة في « باب النكاح » : أن الموقوفة عليه بمنزلة مملوكته فلا ينكحها) .

. . . .

حكم له بملكه من الواقف أو الموقوف عليه ، وإن قلنا : لله تعالىٰ . . استوفاه الحاكم ، وإن لم يتعلق بقتله قصاص . . فله أحوال :

أحدها : أن يقتله أجنبي . . فيلزمه قيمته ، وفي مصرفها طريقان :

أحدهما : أن تصرف ملكاً لمن حكمنا له بملك الرقبة ويبطل الوقف .

والأصح : أنه يشتري بها عبداً ؛ لئلا يتعطل غرض الواقف من استمرار الثواب ، ويتعلق حق البطن الثاني بما اشترىٰ ، وإذا اشتري عبد وفضل شيء من القيمة . . قيل : يعود ملكاً للواقف ، وقيل : يصرف إلى الموقوف عليه ، والمختار في زوائد « الروضة » : أنه يشتري به شقص عبد ؛ لأنه بدل جزء من الموقوف ، ثم الذي يجعل بدلاً يشتريه الحاكم على الصحيح ، ولا يجوز للمتلف أن يشتريه ويقيمه مقام الأول ؛ لأن من ثبت في ذمته شيء . . ليس له استيفاؤه لغيره ، ولو كانت الجناية توجب القصاص . . فهو كعبد بيت المال على الأصح فيستوفيه الحاكم ، كذا قاله الشيخان تبعاً للمتولي[1] ، قال الشيخ : والذي صححه الماوردي والقاضي حسين وابن الصباغ : منع القصاص في النفس والطرف ، وهو الذي نعتقد صحته .

وأشار بقوله : (ليكون وقفاً) إلىٰ أنه لا يصير وقفاً بنفس الشراء ، بل لا بد من إنشاء وقف ، وهو الأصح في زوائد « الروضة » و« الشرح الصغير » ، ويقفه الحاكم .

وللمسألة نظيران : بدل المرهون وبدل الأضحية ، فبدل المرهون جزم الشيخان فيه بأنه يصير رهناً بمجرد أخذه ، بل صحح المصنف : أنه رهن ، وهو في الذمة كما تقدم في بابه ، وبدل الأضحية الواجبة فصلا فيه بين أن يشتري بعين القيمة فيصير أضحية بنفس الشراء وبين أن يشتري في الذمة ونوىٰ عند العقد أنه أضحية فكذلك ، وإلا . . فلا بد من جعله بعد الشراء أضحية ، ولم يذكرا هـٰذا التفصيل في بدلي الرهن والوقف .

وأيد في « المهمات » القول بالتفصيل بما إذا كان عنده نصاب من الأثمان فاشترىٰ به عرضاً للتجارة ، فإنه يبني حولها علىٰ حوله إن اشترىٰ بالعين دون الذمة كما جزم به

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

في « الروضة » ، فلو حصل من بدل الموقوف فوائد قبل إيقافه كالأجرة أو الكسب أو الثمرة . . ينبغي أن تكون كالعين الموصىٰ بإيقافها إذا حصل منها مثل ذلك ، وسيأتي في (كتاب الوصية) تحقيق ذلك .

ثم لا بد من مراعاة وصف الذكورة والأنوثة في البدل والمبدل ، فلا يشترىٰ عبد بقيمة أمة ولا أمة بقيمة عبد ، ولا صغير بقيمة كبير ولا عكسه علىٰ أقوى الوجهين في « الروضة » ؛ لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف .

الحال الثاني والثالث : إذا قتله الموقوف ، عليه أو الواقف فإن صرفنا القيمة إليه في الحالة الأولىٰ ملكاً . . فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل ، وإلا . . فالحكم والتفريع كالحالة الأولىٰ ، وحكم أرش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه ، هـٰذا هو الصحيح ، وفي وجه : تصرف إلى الموقوف عليه علىٰ كل قول كالمهر والأكساب .

قال : (**فإن تعذر . . فبعض عبد**) ؛ لأنه أقرب إلىٰ مقصود الواقف ، بخلاف ما إذا أتلف الضحية ولم يوجد بقيمتها إلا شقص شاة ؛ لأنه لا يضحىٰ بشقص الشاة[1] ويوقف بعض العبد ، وسكت المصنف عما إذا تعذر بعض العبد ، وفيه في « الحاوي » و« البحر » ثلاثة أوجه[2] :

أحدها : يبقىٰ علىٰ حاله تبعاً لأصله[3] .

والثاني : يكون ملكاً للموقوف عليه[4] .

والثالث : لأقرب الناس إلى الواقف كما في الولد[5] .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : علىٰ رأي مرجوح) .
(٢) في هامش (ك) : (أصحها : ثانيها) .
(٣) في هامش (ك) : (ولعل المراد : أنه يبقىٰ إلىٰ أن يتمكن من شراء شقص) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) وفي هامش (د) : (وهـٰذا أقربها) .

وَلَوْ جَفَّتِ ٱلشَّجَرَةُ . . لَمْ يَنْقَطِعِ ٱلْوَقْفُ عَلَى ٱلمَذْهَبِ ، بَلْ يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعاً ، وَقِيلَ : تُبَاعُ وَٱلثَّمَنُ كَقِيمَةِ ٱلْعَبْدِ . . . .

تتمة :

إذا جنى العبد الموقوف واستوفي منه . . فات الوقف كموته ، وإن آل الأمر إلى المال . . لم يتعلق برقبته ؛ لتعذر بيع الوقف ، لـٰكن يفدىٰ كأم الولد إذا جنت ، فإن قلنا : الملك للواقف . . فداه ، أو لله تعالىٰ . . فداه أيضاً على الأصح ، وإن قلنا : للموقوف عليه . . فالصحيح : أنه يفديه ، وحيث أوجبنا الفداء على الواقف فكان ميتاً . . فداه الوارث ، وقال المتولي : لا يفدىٰ من التركة ؛ لأنها انتقلت إلى الوارث ، وعلىٰ هـٰذا هل يتعلق بكسبه أم ببيت المال كالحر المعسر الذي لا عاقلة له؟ وجهان[1] .

قال : (**ولو جفت الشجرة . . لم ينقطع الوقف على المذهب**) وكذا لو قلعها ريح أو سيل ؛ إدامة للوقف علىٰ عينه ، ونظراً لبقاء بعض المنافع . وفي وجه : أن الوقف ينقطع كما إذا مات العبد ؛ لأن الوقف منوط باسم الشجرة ، والباقي جذع أو حطب لا شجرة .

فعلىٰ هـٰذا : ينقلب الحطب ملكاً للواقف ولورثته ، وكان الصواب أن يعبر بـ(الأصح) كما في « المحرر » و« الروضة » ؛ لأن المسألة ذات وجهين لا طريقين .

قال : (**بل ينتفع بها جذعاً**) أي : بإيجار أو غيره ؛ لأنه أقرب إلىٰ غرض الواقف .

قال : (**وقيل : تباع**) ؛ لتعذر الانتفاع به على الجهة التي شرطها الواقف .

قال : (**والثمن كقيمة العبد**) أي : المتلف ، ففي وجه : يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً ، وفي وجه : تشترىٰ به شجرة أو بعض شجرة من جنسها لتكون وقفاً .

قال الرافعي : ويجوز أن يشترىٰ ودي ويغرس موضعها .

---

(١) في هامش (د) : (الذي يظهر ترجيحه : أنه يفدي من كسبه ، ولا يفدي من تركة الواقف ؛ لأنها انتقلت إلى الوارث) .

قال : وزمانة الدابة الموقوفة كجفاف الشجرة ، هـٰذا إذا كانت مأكولة ، فإنه يصح بيعها للحمها ، وإن لم تكن مأكولة . . لم يأت الخلاف في بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً علىٰ جلدها ، وزمانة العبد كزمانة الدابة أو البهيمة .

وحكى الروياني عن القاضي أبي الطيب أنه لا يجوز بيعه قطعاً .

حادثة :

سئل الشيخ عن رجل وقف أرضاً بها أشجار موز والعادة أن شجره لا يبقىٰ أكثر من سنة ، فزالت الأشجار بعد أن نبت [من] أصولها أشجار ثم أشجار علىٰ ممر الأزمان . . فأجاب : الأرض وما فيها من أصول الموز وفراخه وقف ، وما نبت بعد ذلك من الفراخ ينسحب عليه حكم الوقف كالأغصان النابتة من الشجرة الموقوفة ، وكذلك لو ماتت الأشجار وغرس غيرها مكانها علىٰ أنه للوقف . . صار وقفاً ، وكذلك الأرض ينسحب عليها حكم الوقف ، ولا يحتاج إلىٰ إنشاء وقف ، بخلاف العبد الموقوف إذا قتل واشترىٰ بقيمته عبداً آخر فإنه يحتاج إلىٰ إنشاء وقف على الصحيح كما تقدم ، والفرق أن العبد الموقوف قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية .

فرع :

إذا كان البناء أو الغراس موقوفاً في أرض مستأجرة ، وصار الريع لا يفي بالأجرة ، أو وفىٰ بها لا غير . . أفتى ابن الأستاذ بأنه يقلع وينتفع بعينه إن أمكن ، وإلا . . صرف إلى الموقوف عليه[١] .

حادثة :

فضل من ريع الوقف مال هل للناظر أن يتجر فيه؟

أجاب الشيخ بجواز ذلك إذا كان لمسجد ؛ لأنه كالحر بخلاف غيره[٢] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ما ذكره معتمد ، والفرق بين المسجد وغيره : ما ذكره أن المسجد =

وَٱلأَصَحُّ : جَوَازُ بَيْعِ حُصُرِ ٱلْمَسْجِدِ إِذَا بَلِيَتْ ، وَجُذُوعِهِ إِذَا ٱنْكَسَرَتْ وَلَمْ تَصْلُحْ إِلاَّ لِلإِحْرَاقِ . . . .

قال : (**والأصح : جواز بيع حصر المسجد إذا بليت ، وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق**) ؛ لئلا تضيع ويضيق المكان بلا فائدة ، وكذلك الحكم في نحاتة أخشابه وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها جمال ولا منفعة .

والثاني : لا تباع ؛ لأنها عين الوقف ، بل تترك بحالها أبداً ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الجمهور .

قال القاضي أبو الطيب : لا أعرف أحداً من أصحابنا جوز بيع الجذع ، والذي رجحه الرافعي والمصنف تبعا فيه الإمام ، وكلهم قيدوه بما قيده المصنف من أنها لا تصلح إلا للإحراق فكأنها بمنزلة العدم ، فحصول نزر يسير من ثمنها يعود على الوقف أولىٰ من ضياعها ، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف ؛ لأنها صارت في حكم المعدومة ، أما إذا صلحت لأن ينتفع بها في الوقف أدنى انتفاع . . فإنها تبقىٰ قولاً واحداً .

وعلى الأول قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد ، قال الرافعي : والقياس : أن يشترىٰ بثمن الحصر الحصر ، ولا يصرف إلىٰ منفعة أخرىٰ[١] ، قال الرافعي : ويشبه أن يكون هو المراد بما أطلقوه[٢] .

وإن صلح الجذع المنكسر لشيء سوى الإحراق . . لم يجز بيعه بلا خلاف ، مثل أن تتخذ منه أبواب أو ألواح أو غير ذلك مما يمكن في المسجد ، قال المتولي : ويجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلىٰ مقصود الواقف .

قال الشيخ : حتىٰ لو أمكن استعمال شيء من ذلك بإدراجه في آلات العمارة كان مانعاً من بيعه فيما يظهر لنا ، وقد تقوم قطعة من الجذع مقام آجرة ، وقد تقوم النحاتة مقام التراب ، والجذوع المشرفة على الانكسار يجري فيها الخلاف في المنكسرة .

= كالحر ، أي : في أنه يملك بالشراء والهبة والوصية والشفعة ونحوها ، بخلاف غيره) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (د) : (وهو ظاهر إن أمكن ، وإلا . . فالأول) .

. . . .

قال الشيخان ـ تبعاً للإمام ـ : والخلاف لا يختص بالمسجد ، بل يجري في انهدام شيء من الدار الموقوفة وانكسار أخشابها وفي إشرافها على الانهدام .

قال الشيخ : والحق أن ذلك لا يجوز ؛ لعموم : « لا يباع ولا يورث » ، قال : ومن أصعب الأشياء قول « الحاوي »[1] : وداره المنهدمة ، فيظن الذي يراه أنه الذي عليه الفتوىٰ ومعظم الأصحاب ، ولم يقل به واحد منهم ؛ فلا حول ولا قوة إلا بالله ، ومع ذلك كله قد يسأل : لم فرض « الحاوي الصغير » الكلام في دار المسجد؟ وأي فرق بين الدار الموقوفة على المسجد والموقوفة علىٰ غيره والرافعي أطلق ذلك؟ وقد يقول القائل : دار المسجد مستحقها المسجد ، وهو شيء واحد حاجته الآن ، فالمتصرف عليه نظره شامل ، وأما الموقوف علىٰ بطون . . فالبطن الذي لم يأت بعد ليس للناظر تصرف عليه .

قال : وهـٰذه المسألة عمت بها البلوىٰ ، وبحمد الله صان الله مذهب الشافعي رضي الله عنه فلم يقدّر الله أن أحداً من الشافعية أقدم عليها ، لـٰكن غيرهم أقدموا وتوسعوا لفساد الزمان حتىٰ فحش ذلك في هـٰذا القرن الثامن بمصر والشام ، ولم يسمع به في غيرهما من البلاد ولا قبل هـٰذا الزمان ، بل ما برحت الأوقاف مصونة لم يكن شيء من ذلك في القرون الثلاثة التي هي خير القرون ، وفي حفظي قديماً من كلام مالك أنه قال : هـٰذه الأوقاف عندنا بالمدينة داثرة لا يتعرض لها . اهـ

قال الإمام : وإذا جوزنا البيع . . فالأصح : صرف الثمن إلىٰ جهة الوقف ، وقيل : هو كقيمة المتلف فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً علىٰ رأي ، وإذا قيل به فقال الموقوف عليه : لا تبيعوها واقلبوها إلىٰ ملكي . . لم يجب على المذهب ، ولا تنقلب عين الموقوف ملكاً ، وقيل : تنقلب ملكاً بلا لفظ .

---

(١) في هامش (ك) : (ما نقله الشارح عن « الحاوي الصغير » من المنع ليس فيه كذلك ، والذي فيه : عدمه ، وهو ما صححه الشيخان تبعاً للإمام وهو المعتمد وإن خالف فيه بعضهم ، والكلام في غير عرصة الدار ، أما هي . . فلا يجوز بيعها بحال) .

فروع :

جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد ، أما ما اشتراه الناظر للمسجد أو وهبه له واهب وقبله الناظر . . فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف[1] ؛ لأنه ملك حتىٰ إذا كان المشترىٰ للمسجد شقصاً . . كان للشريك الأخذ بالشفعة ، ولو باع الشريك . . فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة ، هـٰذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه ، فإن وقفه . . صار وقفاً قطعاً ، وجرىٰ عليه أحكام الوقف .

ولو وقف علىٰ ثغر فاتسعت خطة الإسلام حوله . . حفظت غلة الوقف لاحتمال عوده ثغراً .

وقال أبو عاصم العبادي : لو وقف علىٰ قنطرة فانخرق الوادي وتعطلت تلك القنطرة واحتيج إلىٰ قنطرة أخرىٰ . . جاز النقل إلىٰ ذلك الموضع .

وإذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته . . بدىء منه بعمارة العقار ، وإذا تشعث بعض الوقف وفي ريعه ما تمكن به عمارته فأراد متبرع عمارته . . ففي « اقتناص السوانح » لشيخ الإسلام تقي الدين ابن دقيق العيد : منعه بعضهم ؛ لما فيه من تعطيل غرض الواقف في تحصيل الأجر ، وكذلك لو طلب متبرع شراء دلو يمكن تحصيله من الوقف ونحوه .

قال : (**ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته . . لم يبع بحال**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يباع أصلها »[2] ولأنه كالعبد إذا عتق ثم زمن ، ولا يشبه جفاف الشجرة ؛ لأن توقع عود الناس والعمارة قائم ، وأيضاً الانتفاع في الحال بالصلاة في العرصة ممكن ، وبهـٰذا يفرق بينه وبين الفرس الموقوف على الغزو إذا كبرت ولم تصلح للغزو ؛ فإن صاحب « المغني » نقل الإجماع علىٰ جواز بيعها ، وقاس عليه المسجد ، وكما يمتنع بيعه يمتنع إيجاره .

---

(١) في (ك) : (كذا قاله الرافعي ، ونوزع فيه بأن صاحب « البيان » نقل عن أبي علي : أن ذلك لا يجوز بيعه أيضاً) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٧٢) ، ومسلم (١٦٣٣) .

. . . .

ولو صار موضعه بركة ماء . . لم تجز إجارتها لصيد السمك علىٰ بقية الجدر وإن جوزناه في غيرها ، وكذلك الحكم إذا خربت المحلة التي حول المسجد وتفرق الناس عنها وتعطل المسجد . . لا يباع ولا يعود ملكاً ، فإن لم يخف من أهل الفساد أن ينقضوه . . لم ينقض ، وإن خيف . . نقض وحفظ ، وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجداً آخر . . جاز ، وما كان أقرب إليه فهو أولىٰ ، ولا يجوز صرفه إلىٰ عمارة بئر أو حوض ، وكذا البئر الموقوفة إذا خربت يصرف نقضها إلى بئر أخرىٰ لا إلى المسجد .

ويراعىٰ غرض الواقف ما أمكن ، والحكم الذي ذكره المصنف من أن المسجد لا يباع بحال لا خلاف فيه عندنا وعند مالك والحنفية .

وقال محمد بن الحسن : يعود ملكاً للواقف إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً ، ووافقنا أبو يوسف ، وعلىٰ ذلك حكاية مشهورة في « المبسوط » أن محمد بن الحسن مر بمزبلة فقال : هٰذه مسجد أبي يوسف ، ومر أبو يوسف بإصطبل فقال : هٰذا مسجد محمد ، يريد محمد أن أبا يوسف لما قال ببقاء المسجد . . انتهىٰ إلىٰ أن صار مزبلة ، ويريد أبو يوسف أن محمداً لما قال : يعود إلىٰ ملك الواقف أو وارثه . . جعله إصطبلاً ، فكل منهما استبعد مذهب الآخر بما أشار إليه .

تتمة :

سكت المصنف عن حكم مصرف غلة المسجد عند تعذر إعادته ، وجزم الماوردي بأنها تصرف للفقراء والمساكين ، وقال المتولي : تصرف لأقرب المساجد إليه ، وقال الروياني : إنه منقطع الآخر فيأتي فيه الخلاف ، وقال الإمام : يحفظ ؛ لتوقع عوده[1] .

وإذا اكتفى المسجد ببعض غلته وفضل شيء . . هل يحفظ لوقت الحاجة أو يشترىٰ

---

(١) في هامش (ك) : (وهو قياس ما يأتي في غلة وقف الثمر . اهـ ، والذي تحرر لي : أنه إن توقع عوده . . حفظ له ، وهو ما قاله الإمام ، وإلا ، فإن أمكن صرفه إلىٰ مسجد آخر . . صرف إليه ، وبه جزم في « الأنوار » ، وإلا . . فمنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا . . صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين) .

فَصْلٌ :

إِن شَرَطَ ٱلْوَاقِفُ ٱلنَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ . . ٱتُّبِعَ ، . . . .

به عقار ويوقف عليه؟ وجهان في « البحر » و« الحاوي » ، قال صاحب « الإنتصار » : أصحهما : الثاني ، وبه أفتى الغزالي[1] .

قال : (**فصل** :

إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره . . اتبع) سواء قلنا : الملك له أو للموقوف عليه ، وسواء فوضه في الحياة أو أوصىٰ به ، فكل منهما معمول به بشرط أن يكون التفويض في صلب الوقف أن له ذلك ؛ لأنه المتقرب بصدقته فهو أحق من يقوم بإمضائها وصرفها إلىٰ مصارفها ، وقد تقدم أول الفصل الذي قبله أن عمر رضي الله عنه كان يلي أمر صدقته ، ثم جعله لحفصة ، وبعدها إلىٰ ذوي الرأي من أهلها ، رواه أبو داوود .

وأسند البيهقي [٦/٧٩] إلىٰ أبي هريرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المسلمون عند شروطهم » فإن قال : جعلت ولاية هـٰذا الوقف إلىٰ فلان فإن مات فإلىٰ فلان . . جاز قطعاً .

وقال مالك : لا يصح شرط الواقف النظر لنفسه بناء علىٰ قاعدته من اشتراط الحوز ، وهو إخراج الموقوف عن يده ، فعنده إذا لم يخرجه من يده حتىٰ مات . . بطل ، سواء شرط النظر لنفسه أم لا ، وإن شرط النظر لنفسه . . لم يتبع ، فإن أخرجه عن يده . . استمر صحيحاً .

قال الشيخ : والفرق بين الوقف والهبة والصدقة المنجزة حيث يكون بقاؤها في يد المالك إلى الموت مبطلاً : أن المقصود منهما تمليك العين للموهوب له والمتصدق عليه ، ولا يبقىٰ لأحد فيها تعلق فلا بد من القبض ، وأما الوقف . . فحق الموقوف عليه في العين ناقص ؛ لمشاركة البطن الثاني له إما في الحال وإما في المآل فلم يشترط القبض .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال ويروىٰ عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه شرط النظر في وقفه أن يليه ذوو الرأي والأسنان من أولاده وأولاد أولاده ، فاختصم بعض أولاده وعلي بن الحسين ابن ابنه فيه إلىٰ عبد الملك بن مروان ، فقضىٰ به لعلي بن الحسين ؛ لأنه رأىٰ أنه أولىٰ من عمه وأنشد أبيات ابن أبي الحقيق [من السريع] :

إنـــا إذا مـــالـــت دواعـــي الهـــوىٰ ... وأنصـــت الســـامـــع للقـــائـــل
واختلـــج القـــوم بـــألبـــابهـــم ... نقضـــي بحكـــم عـــادل فـــاضـــل
لا يجعـــل البـــاطـــل حقـــاً ولا ... يلفـــظ دون الحـــق بـــالبـــاطـــل
نخـــاف أن تَسْفُـــهَ أحـــلامنـــا ... فيخمـــل الـــدهـــر مـــع الخـــامـــل

قال : (وإلا) أي : وإن لم يشرط شيئاً (. . **فالنظر للقاضي على المذهب**) ؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه ومن بعده ، فصاحب النظر العام أولىٰ بالنظر فيه .

وقيل : الواقف ؛ لأن النظر والتصرف كان إليه ، فإذا لم يصرفه عن نفسه . . كان علىٰ ما كان ، ويتأيد بأن الأضحية المنذورة وإن زال الملك عنها . . فالتصرف فيها بالذبح ، والتفرقة للناذر دون الحاكم .

وقيل : النظر للموقوف عليه ؛ لأن النفع والفائدة له ، كذا أطلق جماعة هـٰذه الأوجه الثلاثة ، وبناها بعضهم علىٰ أقوال الملك ، فإن قلنا : إنه للواقف . . فالنظر له ، وإن قلنا : لله تعالىٰ . . فللحاكم ، وإن قلنا : للموقوف عليه . . فله .

وذكر كثيرون أن النظر في حالة السكون للواقف من غير حكاية خلاف ولا بناء ، فهـٰذه ثلاثة طرق .

قال الرافعي : والذي يقتضي كلام المعظم الفتوىٰ به أن يقال : إن كان الوقف علىٰ جهة عامة . . فالتولية للحاكم كما في الوقف على المسجد والرباط ، وإن كان علىٰ شخص معين . . فكذلك إن جعلنا الملك لله تعالىٰ ، وإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه . . فالتولية كذلك .

قال ابن الرفعة : وهـٰذا في الوقف الذي لا يضاهي التحرير ، أما ما يضاهيه كالمقبرة والمسجد والرباط . . فالذي يقتضيه كلام الجمهور : أن النظر في ذلك

للإمام ، وأن الواقف فيه كغيره من الناس ، واستخرج من كلام الأصحاب وجهين في أن واقف المسجد أولىٰ بإمامته والأذان فيه أم لا؟ قال : وهما يقربان من أن المعتق أحق بحضانة عتيقه وكفالته إذا لم يكن له قريب أم لا؟ وفيه خلاف .

وفي « الأحكام السلطانية » للماوردي : أن تولية الإمامة في مساجد المحال للواقف ، وكذا نصب المدرسين فيها ، والمساجد الكبار كالجوامع ومساجد الشوارع التولية فيها للسلطان ؛ لأن ذلك من الأمور العظام فاختصت بنظره .

ووقع في « الفتاوىٰ » : أن رجلاً وقف وقفاً وجعل نظره للحاكم ، وكان إذ ذاك شافعياً ، ثم أحدث الملك الظاهر بيبرس في سنة ثلاث وستين وست مئة القضاة الأربع وتوفي الشافعي الموجود حالة الوقف فهل يختص النظر بالقاضي الشافعي بعده؟ أجاب جماعة من أئمة ذلك العصر[١] بأنه يختص به الشافعي[٢] .

ووقع بعد تولية القضاة الأربع فتوىٰ فيمن شرط النظر لزيد ثم لحاكم المسلمين بدمشق ، فأفتى الشيخ برهان الدين الفزاري بأنه لا يختص النظر المشروط للحاكم بمعين ، ونوزع في ذلك ، وأجاز الشيخ اختصاص الشافعي بالنظر في الأوقاف التي شرطت للحاكم التي سكت عن شرط نظرها للحاكم ، وهو متوجه[٣] .

قال : (**وشرط الناظر : العدالة والكفاية والاهتداء إلى التصرف**) ؛ لأنه ولاية على الغير فاشترط فيها ذلك كالوصي والقيم ، ولا فرق في ذلك بين الجهات العامة والأشخاص المعينين .

وفي وجه : لا تشترط العدالة إذا كان الوقف علىٰ معينين ولا طفل فيهم ، فإن خان . . حملوه على السداد .

والمراد بـ(الكفاية) : حسن التصرف ، وهي مغنية عن قوله : (والاهتداء إلى التصرف) ؛ لأن من لا يهتدي إلى التصرف لا يوصف بالكفاية ، ولهٰذا لم يذكره في

(١) في هامش (ك) : (من الشافعية والحنفية) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

« الشرحين » ولا في « الروضة » ، وكذلك المصنف اقتصر في (باب الوصية) على اشتراط العدالة والاهتداء إلى التصرف ، لٰكن نقل المصنف في مسودة له على « المهذب » عن الأصحاب : أن شرط الناظر : العدالة والكفاية ؛ وهي الاهتداء إلى التصرف ، وهٰذه العبارة هي الصواب ، حتىٰ لو فوض إلىٰ موصوف بالأمانة والكفاية فاختلت إحداهما . . انتزع الحاكم الوقف منه .

ثم إن المصنف أطلق (العدالة) ، وينبغي في منصوب الحاكم اعتبار العدالة الباطنة ، وفي منصوب الواقف أن يكتفىٰ بالعدالة الظاهرة كما في الأب[١] .

فروع :

قال الرافعي : وقبول المتولي للنظر ينبغي أن يأتي فيه ما في قبول الوكيل الوكالة والموقوف عليه المعين ، ولو كان لشخص النظر علىٰ أماكن فأثبت أهليته في مكان . . ثبت في باقي الأماكن من حيث الأمانة ، ولا يثبت من حيث الكفاية إلا أن تثبت أهليته في سائر الوقف ، قاله ابن الصلاح ، وهو ظاهر إذا كان الباقي فوق ما أثبت أهليته فيه أو مثله بكثرة مصارفه وأعماله ، فإن كان قليلاً . . فلا .

ولو فسق الناظر ثم عاد عدلاً . . عادت ولايته إن كانت له بشرط الواقف ، وإلا . . فلا ، كذا أفتىٰ به المصنف[٢] ، وقال الإمام : هو كفسق الوصي ، ومقتضاه : عدم عود الولاية[٣] .

ولو فوض النظر إلىٰ متصف بالعدالة والكفاية فاختلت إحداهما ونزع الحاكم الوقف منه . . قال ابن الرفعة : يشبه أن ينزعه لمن يستحق النظر بعده ؛ تنزيلاً لخروجه عن

---

(١) في هامش (ك) : (وإن افترقا في وفور شفقة الأب ، وخالفه الأذرعي فاعتبر فيه الباطنة أيضاً ، وهو المعتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في النسخ (العدالة) ، والتصويب من هامش (ت) وهو الموافق للمراجع .

وَوَظِيفَتُهُ : ٱلْعِمَارَةُ وَٱلإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ ٱلْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا ، فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَـٰذِهِ ٱلأُمُورِ . . لَمْ يَتَعَدَّهُ . . . .

الأهلية منزلة الموت كما تنتقل ولاية النكاح إلى الأبعد بفسق الأقرب ، فإن عادت الأهلية . . عادت الولاية[1] .

قال : (ووظيفته : **العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها**) ، لأن ذلك المعهود من مثله .

وزاد في « الشرحين » و« الروضة » : حفظ الأصول والغلات على الاحتياط ، ولا شك أن هـٰذه الستة من وظيفته .

وأفهم كلام المصنف : أنه ليس له التولية والعزل .

قال الشيخ : وكان بعض الفقهاء في هـٰذا الزمان يتعلق بذلك في أنه ليس إليه التولية والعزل ، وأن تولية المدرس وعزله وغيره من أرباب الوظائف ليس إليه ، وعندي : أن له ذلك[2] ، لـٰكن للحاكم الاعتراض عليه إذا فعل من ذلك ما لا ينبغي .

وجزم الشيخ عز الدين بأن المدرس هو الذي ينزل الفقهاء ويقرر جامكيتهم ؛ لأنه أعرف بأحوالهم ومراتبهم ، قال : وليس ذلك للناظر[3] .

قال في « المهمات » : وسكت عن الصوفية ، وفي إلحاقهم بالفقهاء نظر .

قال : (**فإن فوض إليه بعض هـٰذه الأمور . . لم يتعده**) كالوكيل ، فلو شرط لواحد العمارة ولواحد تحصيل الريع ولواحد القسمة . . لم يتعد كل واحد ما شرط له ، ولو جعل النظر لاثنين . . لم يستقل أحدهما بالتصرف ما لم ينص عليه .

ولو قال : وقفت علىٰ أولادي علىٰ أن يكون النظر لعدلين منهم فلم يكن فيهم إلا عدل واحد . . ضم الحاكم إليه عدلاً آخر .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (ضعيف ، والأصح [كما صوبه الزركشي وغيره] : أن ذلك من وظيفة الناظر ، وما جزم به محمول على عرف زمانه أو علىٰ ما إذا كان الناظر جاهلاً بمراتبهم) .

. . . .

فروع :

إذا شرط الواقف للمتولي شيئاً من الغلة . . جاز وكان ذلك أجرة عمله ، وإن لم يشرط شيئاً . . ففي استحقاقه أجرة عمله الخلاف فيما لو استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرة .

وليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئاً علىٰ أن يضمنه ، ولو فعل . . ضمن ، ولا يجوز له ضم الضمان إلىٰ مال الوقف .

واقتراض مال الوقف حكمه حكم اقتراض مال الصبي ، وإذا شرط النظر للأفضل فالأفضل أو للأرشد فالأرشد من بنيه . . كان لأفضلهم من حين استحقاق النظر ، فلو تجدد بعد ذلك من أهله أفضل . . لم يصر النظر إليه كما ذكره في « المطلب »[1] .

قال : ولو تغير حال الأفضل حين الاستحقاق فصار مفضولاً . . انتقل النظر إلىٰ من هو أفضل منه .

ولو جعل النظر لأفضل ولده هل يختص بالذكور دون الإناث ؛ لأنهم أفضل منهن أو يكون لأفضل النوعين؟ فيه وجهان في « الحاوي » ، وأفتى ابن الصلاح بالثاني وهو الصواب[2] ، وأفتىٰ بأنه لو شرط النظر للأرشد من أولاده فأثبت كل منهم أنه الأرشد . . اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الأهلية في جميعهم ، فإن وجدت في بعضهم . . اختص بذلك ؛ لأن البينات تعارضت في الأرشد وتساقطت ، وبقي أصل الرشد فاشتركوا في ذلك[3] .

وإذا ادعىٰ متولي الوقف صرف ريعه إلى المستحقين ، فإن كانوا معينين . . فالقول قولهم ، ولهم مطالبته بالحساب ، وإن كانوا غير معينين فهل للإمام مطالبته بالحساب؟ وجهان حكاهما شريح في « أدب القضاء »[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (الظاهر منهما : أن له ذلك ، وله نظائر تشهد له) .

حادثة :

قال الواقف : جعلت النظر لفلان ، وله أن يفوض النظر إلىٰ من أراد ، ففوض النظر إلىٰ شخص ، فهل يزول نظر المفوض أو يكون المفوض إليه وكيلاً عن المفوض؟ وفائدة ذلك أنه لو مات المفوض إليه هل يكون النظر باقياً للناظر الأصلي أو لا؟

أجاب فقهاء الشام عن آخرهم بأن المفوض إليه هو الناظر ، وأن التفويض بمثابة التمليك ، وكأنه ملك ذلك[1] ، وأجاب الشيخ بأنه كالوكيل ، وأن النظر لم يزل عن المفوض وهو القياس ، فإذا مات المفوض إليه . . بقي المفوض علىٰ ما كان عليه .

لـٰكن في « فتاوى المصنف » : إذا شرط الواقف النظر لإنسان وجعل له أن يسند إلىٰ من يشاء ، وكذلك مسند بعد مسند فأسنده إلىٰ إنسان فهل للمسند عزل المسند إليه أو لا؟ وهل يعود النظر إلى المسند أو لا؟ ولو أسند المسند إليه إلىٰ ثالث فهل للأول عزله أو لا؟

أجاب : ليس للمسند عزل المسند إليه ، ولا مشاركته ، ولا يعود النظر إليه بعد موته ، وليس له ولا للثاني عزل الثالث الذي أسند إليه الثاني[2] .

قال : (**وللواقف عزل من ولاه ونصب غيره**) كما يعزل الموكل الوكيل ، وقيل : ليس له العزل ؛ لأن ملكه قد زال فلا تبقىٰ له ولاية عليه .

وإطلاق المصنف يقتضي : جواز العزل بسبب وغير سبب[3] ، وفي زوائد « الروضة » قبل (باب القسمة) عن الماوردي : أنه إذا أراد ولي الأمر إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بسبب . . جاز ، أو بغير سبب . . لا يجوز[4] ، وإذا كان هـٰذا في النظر العام . . ففي النظر الخاص المقتضي للاحتياط أولىٰ .

---

(١) في هامش (د) : (وهو الراجح ، ويؤيده ما في « فتاوى المصنف ») .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (د) : (وهو المعتمد ، فما هنا مثله) .

وفي تصوير المسألة إشكال ؛ لأنها إن كانت فيما إذا كان النظر للواقف ونصب غيره نائباً عنه . . فلا ينبغي أن يقع فيه خلاف ؛ لأنه سفير محض ، وإن كان مع السكوت عنه . . فلا ولاية للواقف في هـٰذه الحالة ، بل هي للقاضي[١] .

قال : (**إلا أن يشرط نظره حال الوقف**) فهـٰذا ليس للواقف عزله ؛ لأنه تغيير لما شرطه ، كما ليس لغيره ذلك .

وصورة الشرط : أن يقول : وقفت وشرطت التفويض له ، كذا قاله البغوي ، ونقل الرافعي عنه وقفها بشرط أن تكون التولية لفلان ، وليس بمطابق ، بل هـٰذه الصيغة مفسدة لأصل الوقف لأجل التعليق ؛ فإنه قد يقبل التولية وقد لا يقبل[٢] .

فرع :

عزل ناظر الوقف المشروط له النظر نفسه . . قال الشيخ : الذي أراه أنه لا ينعزل لـٰكنه لا يجب عليه ، ويجوز له الامتناع ورفع الأمر إلى القاضي ليقيم مُقامه غيره ، أو الواقف إن كان حياً وقلنا : له ذلك ، قال : ولم أر للأصحاب خلافاً في ذلك[٣] .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » ما يوهم خلاف ذلك ، وهو مؤول ، وقد تقدم في (باب القراض) شيء يتعلق بهـٰذا .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الوقف صحيح وليس للواقف عزله ، وما علل به الفساد لا اعتبار به ؛ إذ هو موجود في سائر الأوقاف التي يعتبر فيها قبول الموقوف عليه ؛ لاحتمال أن لا يقبل) .

وفي غير (ك) : (قال : « إلا أن يشرط نظره حال الوقف » فهـٰذا ليس للواقف تبديله ، كما لو وقف علىٰ أولاده الفقراء لا يجوز التبديل بالأغنياء .

قال الرافعي : وهـٰذا حسن في صيغة الشرط وغير متضح في قوله : وقفتها وفوضت التدريس إليه .

قال في زوائد « الروضة » : وهـٰذا الذي استحسنه الرافعي هو الأصح أو الصحيح ، ويتعين أن تكون صورة المسألة ما ذكر ، ومن أطلقها . . فكلامه محمول علىٰ هـٰذا) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِذَا أَجَّرَ ٱلنَّاظِرُ فَزَادَتِ ٱلْأُجْرَةُ فِي ٱلْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِٱلزِّيَادَةِ . . لَمْ يَنْفَسِخِ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

قال : (**وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة . . لم ينفسخ العقد في الأصح**) ؛ لجريانه بالغبطة في وقته ، فأشبه ما إذا باع مال الطفل ثم ارتفعت القيمة بالأسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة .

والثاني : ينفسخ ؛ لأنه تبين وقوعه علىٰ خلاف الغبطة في المستقبل ، ومال إليه ابن الصلاح ، وبه جزم الإصطخري في « أدب القضاء » .

والثالث : إن كانت الإجارة سنة فما دونها . . لم يتأثر العقد ، وإن زادت الإجارة علىٰ سنة . . فالزيادة عليها مردودة ، وبه جزم الدارمي ، ووجهوه بأن السنة فيها تتكامل الفصول وتتغير الأغراض .

وحيث قلنا بالانفساخ . . قال ابن الرفعة : يحكم به بنفس الزيادة ، قال : وكلام الإمام مصرح بأنه يتوقف علىٰ إنشاء فسخ .

ومحل الخلاف عند الإمام والغزالي : إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين ، فإن وجد زبون يزيد علىٰ أجرة المثل . . فلا أثر له ، وغيره فرضه كما في الكتاب .

واحترز المصنف بـ(الناظر) عما لو أجر الموقوف عليه بحق الملك وجوزناه ؛ فإنه لا يتأثر العقد بالزيادة قطعاً كما لو أجر الطلق ، وكذلك القيم إذا أجر مال الطفل ثم حصلت الزيادة ، قاله الإمام ، وهو الذي يشعر به كلام الرافعي .

وتعبيره بـ(الأصح) يقتضي قوة الخلاف ، وهو قد وهاه في « فتاويه » جداً فقال : وأما ما يفعله بعض الجهال من متولي الأوقاف من قبول الزيادة إذا بلغت الثلث وفسخهم بذلك . . فباطل لا أصل له ، وإنما الوجه الضعيف : أنه يجوز الفسخ مطلقاً .

تتمة في مسائل منثورة تتعلق بالباب[1] :

---

(١) في (ك) : (تتمة :
نفقة الموقوف من حيث شرط الواقف ، فإن لم يكن . . فمن كسبه ، فإن فقد . . فعلىٰ من له الملك ، وإذا مات الرقيق . . فمؤنة تجهيزه كنفقته في حياته . =

. . . .

إحداها : إذا وقف على الطالبيين[1] وجوزناه . . صرف إلىٰ ثلاثة ، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي والثاني من أولاد جعفر والثالث من أولاد عقيل ، ولو وقف علىٰ أولاد علي وأولاد عقيل وأولاد جعفر . . فلا بد من الصرف إلىٰ ثلاثة من كل صنف .

الثانية : وقف علىٰ عمارة مسجد . . لا يجوز صرف الغلة إلى النقش والتزويق[2] ، قال في « المهمات » : لـٰكنه إن تعدىٰ وفعله . . لم يغرم شيئاً كما جزم به البغوي في « فتاويه » فتفطن له ، هـٰذه عبارته ، والذي نقطع به تغريمه كغيره مما لا يجوز إذا فعله[3] ، وقال في « البحر » و« الحاوي » و« العدة » : ولا يجوز صرف شيء منه إلى الإمام والمؤذن[4] ، ويجوز صرف أجرة القيم منه ؛ لأنه يحفظ العمارة ، وكذلك يجوز أن يشترىٰ منه سلم لسطحه ومكانس يكنس بها ونحو ذلك مما يحفظ عمارته ، ويشترىٰ منه البواري لا الدهن في الأصح ، وقال البغوي : لا يجوز أن يشترىٰ منه الدهن ولا الحصر ، وإن وقف علىٰ مصالح المسجد . . جاز شراء ذلك منه[5] ، والقياس : جواز الصرف إلى الإمام والمؤذن أيضاً ، وكذا لو وقف على مسجد وأطلق

= وإذا اندرس شرط الواقف وجهل الاستحقاق . . جعل بين المستحقين بالتسوية ، وقال الإمام : يوقف إلى الاصطلاح ، فإن كان الواقف حياً . . رجع إلىٰ قوله : بلا يمين ، فإذا مات . . رجع إلىٰ وارثه ، فإن كان هناك وارث وناظر من جهة الواقف واختلفا . . فوجهان ، والقياس : أنهما لا يحلفان إذا رجع إلى قولهما كالواقف ، قال المصنف في « الفتاوىٰ » : ويرجع إلىٰ عادة من تقدمه من النظار ، قال : ولا يثبت شرط الواقف بالاستفاضة وإن ثبت أصله) ورمز للقياس وقول المصنف بالصحة .

(١) في هامش (ت) : (أي : بني طالب) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (ما ذكره من أنه لا يصرف للإمام والمؤذن في الوقف المطلق . . غير موافق عليه ، والأوجه ـ كما نقل عن « فتاوى الغزالي » ـ : أنه يصرف لهما كما في الوقف علىٰ مصالحه ، وكما في نظيره من الوصية للمسجد) .

(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

على الأصح عند الغزالي وغيره ، قال الرافعي : ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارته[1] .

ويستحب للقضاة تجديد سجلات[2] الأوقاف التي في ديوانهم كلما مضىٰ زمن يخاف منه موت الشهود .

الثالثة : لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً ولا بالعكس[3] ، إلا إذا جعل الواقف إلى الناظر ما يرىٰ فيه مصلحة .

وفي « فتاوى القفال » : أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين ، فكأنه احتمل تغيير النوع دون الجنس .

قال المتولي : فإن خربت البقعة وأراد من له النظر أن يعمرها . . فله أن يردها إلىٰ ما كانت ، فإن أراد أن يردها إلىٰ صفة أخرىٰ . . لم يجز ، ومن هنا يعلم : أن ما جرت به العادة من تحكير الأرض الموقوفة إذا انهدم بناؤها ليبني عليها المستحكر ما شاء . . حرام ، وإنما يجوز مثل المنهدم ، وبه صرح ابن الرفعة فقال : ولا يجوز أن يؤجر ليبني فيها غير ما كانت عليه .

وسئل ابن الصلاح عن فتح باب جديد في الرباط اقتضته المصلحة مضافاً إلى القديم . . فأجاب بأن ذلك إن استلزم تغيير شيء من الموقوف عن هيئته إلىٰ هيئة أخرىٰ غير مجانسة لها بأن يفتحه إلىٰ أرض وقف بستان ـ مثلاً ـ فيستلزم تغيير محل الاستطراق . . لم يجز ، وإن لم يستلزم شيئاً من ذلك . . فلا بأس به عند اقتضاء المصلحة ، واستدل له بخبر الكعبة[4] .

وفي « المطلب » : أن المصلحة إذا اقتضت تغيير بناء بعض الموقوف لزيادة

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) هـٰذه العبارة زيادة من (ك) ، وفيها : (اسجالات) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٣) في (ك) : (فإن فعل . . وجب ردها إلىٰ ما كانت قطعاً) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

ريعه . . جاز وإن لم ينص الواقف عليه[1] ، ونقل ذلك عن الشيخ تقي الدين القشيري وغيره من علماء عصره .

الرابعة : لا تجوز قسمة العقار الموقوف بين أرباب الوقف ، وقال ابن القطان : إن قلنا : القسمة إفراز . . جاز ، فإذا انقرض البطن الأول . . انتقضت القسمة .

وتجوز لأهل الوقف المهايأة ، قاله ابن كَج[2] .

الخامسة : لو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تعد . . فلا ضمان عليه .

قال المصنف : ومن ذلك الكيزان المسبلة علىٰ أحواض الماء والأنهر ونحوها ، فلا ضمان علىٰ من تلف في يده شيء منها بلا تعد ، فإن تعدىٰ . . ضمن ، ومن التعدي استعماله في غير ما وقف له .

السادسة : الوقف على الفقراء هل يختص بفقراء بلد الوقف؟ فيه الخلاف المذكور فيما لو أوصىٰ للفقراء ، والأصح : أنه لا يجوز أن يدفع منه إلىٰ فقيرة لها زوج يمونها ، ولا إلىٰ مكفي بنفقة قريب ونحوه .

السابعة : قال الرافعي : يجوز للإمام أن يقرض ناظر الوقف من بيت المال ، أو يأذن له في الاستقراض أو الإنفاق على العمارة من مال نفسه بشرط الرجوع ، قال : وليس له الاستقراض دون إذن الإمام[3] .

قال الشيخ : وكان بعض مشايخنا يستشكله ويقول : لِمَ لا يجوز له أن يستقرض بغير إذن الإمام إذا دعت الحاجة إلى الاستقراض؟ قال : والذي ظهر لي في توجيهه أنه إثبات دين في رقبة الوقف متعلق بسائر البطون فلا يستقل به الناظر ؛ لأنه إنما له النظر مدة حياته ، فاحتيج إلىٰ إذن من له النظر العام وهو الحاكم ، فالحق ما قاله الرافعي .

الثامنة : إذا فضل من ريع الوقف مال . . هل للناظر أن يتجر فيه؟ أجاب الشيخ بجواز ذلك إذا كان لمسجد ؛ لأنه كالحر ، بخلاف غيره .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في (ك) : (أما إذا تهايؤوا للانتفاع به . . فإنه جائز بالاتفاق) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

التاسعة : سئل أبو عبد الله الحناطي عن شجرة نبتت في المقبرة هل للناس الأكل من ثمارها؟ فقال : قيل : يجوز ، والأولىٰ عندي صرفها إلىٰ مصالح المقبرة ، واختار المصنف الأول .

وعن رجل غرس شجرة في المسجد كيف يصنع في ثمارها؟ فقال : إن جعلها للمسجد . . لم يجز أكلها إلا بعوض ويصرف إلىٰ مصالح المسجد ، وإن غرسها مسبلة للأكل . . جاز أكلها بلا عوض ، وإن جهلت . . رجع إلى العادة في ذلك .

وفي زوائد « الروضة » في (كتاب الصلاة) : ينبغي أن لا تغرس الأشجار في المسجد ، فإن غرست . . قطعها الإمام .

وفي « فتاوى القاضي حسين » في (كتاب الصلاة) : لا يجوز غرسها فيه ، وجزم في (كتاب الاعتكاف) بالكراهة[1] ، وأنه إذا غرسها . . لا يجوز نقلها ؛ لأنها صارت ملكاً للمسجد .

وقال البغوي : تقطع وتكون ملكاً لمن يغرسها ، فإن ملكها للمسجد وقبلها له قيِّمُه . . صارت ملكاً للمسجد .

قال : وإذا نبت في المسجد حشيش له قيمة . . لم يجز أخذه إلا بعوض .

العاشرة : لو وقف علىٰ دهن السراج للمسجد . . جاز وضعه في جميع الليل ؛ لأنه أنشط للمصلين ، قال المصنف : إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كمصل ونائم وغيرهما ، فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ولا يمكن دخوله . . لم يسرج ؛ لأنه إضاعة مال .

* * *

(١) في هامش (ك) : (يحمل كلام « الروضة » علىٰ ما إذا لم تضر بالناس ، وكلام القاضي علىٰ ما إذا ضرت) .

خاتمة

قال الشيخ : قال لي ابن الرفعة : أفتيت ببطلان وقف خزانة كتب وقفها واقف لتكون في مكان معين من مدرسة الصاحبية بمصر ؛ لأن ذلك المكان مستحق لغير تلك المنفعة ، قال الشيخ : ونظيره إحداث منبر في مسجد لم تكن فيه جمعة لا يجوز ، وكذا إحداث كرسي مصحف مؤبد يقرأ فيه كما يفعل بالجامع الأزهر وغيره لا يصح وقفه ، ويجب إخراجه من المسجد ؛ لما تقدم من استحقاق تلك البقعة لغير هـٰذه الجهة ، والعجب من قضاة يثبتون وقف ذلك شرعاً وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً .

* * *

كتاب الهبة

كتاب الهبة

هي مصدر وهب يهب هبة ، واتهب : قبل الهبة ، وفي « التنويه » : أصلها من هبوب الريح ، ويحتمل أنها من هب من نومه ؛ أي : استيقظ للإحسان .

والهدية مشتقة من الهداية ؛ لأنه اهتدىٰ بها إلى الخير وإلىٰ تآلف القلوب .

والأصل في الباب قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ ، وافتتحه في « المحرر » بقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ ﴾ ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » .

قال الرافعي : قيل : المراد بالتحية : الهبة ، والمشهور عن ابن عباس أنها السلام ، والحديث رواه البخاري في (كتاب الأدب) [٥٩٤] ، وهو في « سنن البيهقي » [١٦٩/٦] و« شعبه » [٤٧٩/٦] بإسناد صحيح ، ثم روي عن أبي عبد الله البوشنجي أنه قال : يروىٰ (تحابوا) مشدداً من المحبة ، ومخففاً من المحاباة .

وقال في « المصابيح » : صح عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تهادوا ؛ فإن الهدية تذهب بالضغائن »(١) .

وفي « الترمذي » [٢١٣٠] عن أبي معشر عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة : (تذهب وحَر الصدور) أي : غلها ، قال الترمذي : هـٰذا حديث غريب من هـٰذا الوجه .

وأبو معشر اسمه نجيح ، وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه ، وبهـٰذا اعترض علىٰ عبد الحق لما ذكره في « الأحكام » .

---

(١) أخرجه الشهاب القضاعي في « المسند » (٦٦٠) ، وانظر « تلخيص الحبير » (٣/ ٦٩) ، و« خلاصة البدر المنير » (٢/ ١١٨) .

وفي « صحيح البخاري » [٢٥٦٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو دعيت إلىٰ كراع . . لأجبت ، ولو أهدي إلي ذراع . . لقبلت » .

ولما ولي الحسن بن عمارة قاضي بغداد مظالم الكوفة ، بلغ الأعمش فقال : ظالم ولي مظالما ، فبلغ ذلك الحسن فأهدىٰ إليه أثواباً ونفقة ، فقال الأعمش : مثل هـٰذا يصلح أن يولىٰ علينا ، يرحم صغيرنا ، ويوقر كبيرنا ، ويعود علىٰ فقيرنا ، فقال له رجل : يا أبا محمد ؛ بالأمس تقول كذا واليوم تقول كذا؟ قال : حدثني خيثمة عن ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « جبلت القلوب علىٰ حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها » والأصح : وقفه على ابن مسعود(١) .

وأجمعت الأمة على استحباب الهبة ؛ لأنها سبب للتوادد والتحابب .

قال : (**التمليك بلا عوض هبة**) عبارة « الحاوي الصغير » : الهبة تمليك بلا عوض ، عكس عبارة المصنف ، وهي أحسن ؛ فإن المحدَّث عنه الهبة ، ولفظ التمليك يقتضي : أن الاختصاصات كجلد الميتة ونحوه لا هبة فيها ، وهو الأصح هنا ، وفي « الروضة » في (باب الأحداث)(٢) ما يخالفه(٣) .

وقوله : (بلا عوض) يخرج المعاوضات بلفظ الهبة ، كما لو وهب بشرط ثواب معلوم . . فإنه بيع على الأصح ، وإذا أطلقت الهبة . . إنما تقع علىٰ غير ذات الثواب .

وحد ابن الرفعة وغيره الهبة بتمليك عين تبرعاً في الحياة ؛ لأنه إذا حلف لا يهب فأوصىٰ له . . لم يحنث في الأصح .

وقال الشيخ : لا حاجة إلىٰ ذلك ؛ لأن الميت لا يحنث وإن سميناها هبة .

---

(١) أخرجه البيهقي في « الشعب » (٦/ ٤٨١) مرفوعاً وموقوفاً ورجح الوقف ، والشهاب القضاعي في « المسند » (٥٩٩) .

(٢) بل في (باب الأواني) .

(٣) في هامش (ك) : (لا مخالفة بينهما ، فمراد « الروضة » هناك : نقل اليد عنها ؛ فإنه يجوز ، ويكون مختصاً بها كالأول) .

فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجاً لِثَوَابِ ٱلآخِرَةِ . . فَصَدَقَةٌ ، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَىٰ مَكَانِ ٱلْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَاماً . . فَهَدِيَّةٌ . . . .

واحترز بـ(العين) عن هبة المنافع ، وليس ذلك متفقاً عليه ، وعن الوقف إذا قلنا : الملك فيه لله أو للواقف ، قال الشيخ : ولا حاجة إلىٰ ذلك أيضاً ؛ لأن المنافع لم يملكها الموقوف عليه بتمليك الواقف ، بل بتسبيله في جهة الله تعالىٰ .

قال : (**فإن ملك محتاجاً لثواب الآخرة . . فصدقة**) ، (محتاجاً) مفعول (ملك) ، واللام للتعليل ، أي : لأجل ثواب الآخرة ، وذكره في « الشرح » و« الروضة » كذلك ، ولا حاجة إليه ؛ فإن الصدقة على الغني جائزة ومثاب عليها إذا قصد القربة ، لكن لما كان الغالب على الصدقة أن تخص الفقراء . . جرىٰ في ذلك على الغالب فلا مفهوم له .

قال : (**فإن نقله إلىٰ مكان الموهوب له إكراماً . . فهدية**) ؛ لقضاء العرف بذلك ، ومنه إهداء النعم إلى الحرم ، ولذلك لا يدخل لفظ الهدية في العقار بحال ، فلا يقال : أهدىٰ إليه داراً ولا أرضاً ، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد ، لكن سيأتي في (باب النذر) أنه لو قال : لله عليَّ أن أهدي هـٰذا البيت أو الأرض للحرم . . باعه ونقل ثمنه[1] ، فحصل من هـٰذا أن هـٰذه الأنواع تفترق بالعموم والخصوص ، فكل هدية وصدقة . . هبة ، ولا ينعكس ، ولهـٰذا لو حلف لا يهب فتصدق . . حنث ، وبالعكس . . لا يحنث ، هـٰذا في صدقة التطوع ، أما الزكاة . . فكوفاء الدين لا تمليك فيها من جهة المزكي ، فإذا حلف لا يهب . . لم يحنث بها .

وقال المتولي والروياني : أغلب ما تستعمل الهدية فيما تحمل إلىٰ أعلىٰ منه ، وأنكره المصنف في « تهذيبه » ، وصوب أنها تستعمل في الحمل إلى النظير والأعلىٰ والأسفل فلذلك أطلقه هنا .

---

(١) في هامش (ك) : (وذلك يقتضي : إطلاق الهدية علىٰ غير المنقول ، وقد استقل به صاحب « المهمات » ، وأجاب عنه غيره بأن الفرق بين الهدي والهدية معلوم ، فالهدي خاص بالحرم ، بخلاف الهدية ، ولهـٰذا أفرد الأصحاب الهدي ولم يدخلوه في هـٰذا الباب ، ولو نذر الهدي . . انصرف إلى الحرم ولم يحمل على الهدية إلىٰ فقير) .

. . . .

وقوله : (إكراماً) قال الشيخ : الظاهر أنه ليس بشرط ، بل الشرط النقل ، وقد يقال : احترز به عن الرشوة ، ومفهوم كلامه أيضاً : أن الهدية لا بد فيها من التمليك ، لكن سيأتي في (الأضحية) : أن الهدية إلى الأغنياء لا تمليك فيها ، وقد يجاب بأن ذلك لخصوص الأضحية ؛ لأنها لا تباع للأغنياء بخلاف غيرها[1] .

وقوله : (الموهوب له) هو المشهور في اللغة ، يقال : وهبته له ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ ، ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا ﴾ ، ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴾ ، ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ أَهْلَهُۥ ﴾ ، ﴿ وَوَهَبْنَا لِدَاوُۥدَ سُلَيْمَٰنَ ﴾ .

وفي كتب الرافعي وغيره : الموهوب منه ، وهي قليلة ، وأنكرها بعضهم ، وقال المصنف : إنها جائزة ، وإنها وردت في الحديث ، وإن (من) زائدة على مذهب الأخفش والكوفيين ، واختلفوا هل يشترط في حد الهدية أن يكون بين المهدي والمهدى إليه رسول ومتوسط أم لا على وجهين : أصحهما : أنه لا يشترط ، وهـٰذه الأنواع الثلاثة مندوب إليها ، وفعلها مع الجيران ومع الأقارب وأهل الخير أفضل منه مع غيرهم .

وينبغي أن لا يحتقر القليل فيمتنع من إهدائه ، وأن لا يستنكف المهدى إليه عن قبول القليل ؛ لما روى البخاري عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو دعيت إلي كراع . . لأجبت ، ولو أهدي إلي ذراع . . لقبلت » .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٥٦٦ـ م ١٠٣٠] عنه أيضاً : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يا نساء المسلمات ؛ لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » . ويستحب للمهدي إذا دعا له المهدى إليه أن يدعو أيضاً له .

ويستثنى من ذلك أرباب الولايات والعمال ؛ فإنه يحرم عليهم قبول الهبة والهدية من أهل ولاياتهم على المذهب ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية .

ويجوز قبول الهدية من الكافر كالمسلم .

---

(١) في هامش (ك) : (يجاب أيضاً بمنع أنه لا تمليك فيه ، بل فيه تمليك ، لكن يمنع من التصرف فيه بالبيع ونحوه كما يعلم من « باب الأضحية ») .

قال : (**وشرط الهبة : إيجاب وقبول**) مراد المصنف بـ(الشرط) : ما لا بد منه .

وأركان الهبة أربعة :

الأول والثاني : العاقدان ، وأمرهما واضح .

والثالث : الصيغة ، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول كالبيع وسائر التمليكات ، فلا يجوز تعليقها علىٰ شرط ولا توقيتها على المذهب ، ولا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، بل يشترط التواصل المعتاد في البيع ، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية .

فمن صريح الإيجاب : وهبت وأعمرت ومنحت وملكت ، وفي قوله : أطعمتك هـٰذا فاقبضه وجهان[1] .

ومن القبول : قبلت أو رضيت ، والصدقة : تصدقت ، ويكفي فيها كلها : ملكتك وخذه وما في معنىٰ ذلك ، لـٰكن تستثنى الهبة الضمنية فلا يحتاج فيها إلىٰ قبول كأعتق عبدك عني ، فإذا أعتقه . . دخل في ملكه هبة ، ويعتق عليه .

وفي « الكفاية » عن القفال : إذا اشترىٰ حلياً لزوجته وزينها به . . لا يصير ملكاً لها ، وفي الولد الصغير يكون ملكاً له[2] .

وتستثنى المرأة إذا وهبت ليلتها لضرتها . . فلا يشترط قبولها على الصحيح ، وقد يستثنىٰ ما يأكله الضيف كما قاله الرافعي في (باب الوليمة) ، لـٰكنه هنا قال : إنه لا يملكه .

قال : (**لفظاً**) ؛ لأن الرضا لا يطلع عليه إلا بدلالة اللسان ، هـٰذا في الناطق ، أما الأخرس . . فتكفيه الإشارة المفهمة ، واختار في « شرح المهذب » صحتها بالمعاطاة كالبيع ، وهي واردة على المصنف ، وكذلك يرد عليه : أن البيع يصح بالكناية على الصحيح فالهبة أولىٰ[3] ، وكذلك الخلع التي يخلعها السلطان على الأمراء والقضاة

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : أنه صريح في التمليك) .
(٢) في هامش (ك) : (وليس كذلك) .
(٣) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَلاَ يُشْتَرَطَانِ فِي ٱلْهَدِيَّةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، بَلْ يَكْفِي ٱلْبَعْثُ مِنْ هَـٰذَا وَٱلْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ . . . .

وغيرهم لا يشترط فيها القبول ؛ لجريان العادة بذلك كما سيأتي في (القضاء) .

قال : (**ولا يشترطان في الهدية على الصحيح ، بل يكفي البعث من هـٰذا والقبض من ذاك**) ؛ لأن الهدايا كانت تحمل إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقبلها ولا لفظ هناك ، رواه الترمذي [١٩٥٣] ، وعلىٰ ذلك جرى الناس في الأعصار ، وكذلك كانوا يبعثون بها علىٰ أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم .

فإن قيل : هـٰذا كان إباحة لا هدية وتمليكاً . . فجوابه : أنه لو كان إباحة . . لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن ما قبله النبي صلى الله عليه وسلم كان يتصرف فيه ويملكه غيره .

قال الرافعي : ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ ، ويقال : الإشعار بالرضا قد يكون لفظاً وقد يكون فعلاً .

وفي « صحيح البخاري » [٢٥٧٦] : عن أبي هريرة رضي الله عنه : كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أتي بطعام . . سأل عنه : « أهدية أم صدقة؟ » فإن قيل : صدقة . . قال لأصحابه : « كلوا » ولم يأكل ، وإن قيل : هدية . . أكل معهم .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٥٧٤ـ م ٢٤٤١] : « كان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة يبتغون بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال : وكان له جيران من الأنصار لهم منائح فكانوا يرسلون إلى النبي صلى الله عليه وسلم من ألبانها .

وفي « سنن البيهقي » [٦/١٦٩] : عن عبد الرزاق عن معمر عن ثابت عن أنس : أن رجلاً من أهل البادية كان اسمه زاهر بن حرام ، كان يهدي إلى النبي صلى الله عليه وسلم الهدية من البادية فيجهزه النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « إن زاهراً باديتنا ونحن حاضرته » .

والوجه الثاني : يشترطان كالبيع والوصية .

والثالث : لا يشترطان في المأكول ويشترطان في غيره ، واختاره الإمام والغزالي ، والصحيح الأول ؛ لأنهم كانوا يتهادون الأطعمة وغيرها ، واشتهر وقوع

. . . .

الكسوة والدواب في هدايا الملوك إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأن مارية أم ولده كانت من الهدايا .

والرابع : إن أراد التمليك . . اعتبر الإيجاب والقبول ، وإلا . . فلا ، لٰكن له الانتفاع به بغير البيع ، وللمهدي الرجوع فيه ما دام باقياً ؛ لأنه بمنزلة الإباحة ، قاله القفال ، قال : ولهٰذا لو بعث إليه حلوىٰ . . لم يكن له بيعها وإنما يأكلها هو وأهله .

وعبارة المصنف تشعر بعدم احتياج الصدقة إلى الإيجاب والقبول ، لٰكن قال الرافعي : الصدقة كالهدية بلا فرق ، وطريقة الشيخ أبي حامد ومن تبعه افتقارها إليهما ، واختار في « الشامل » أن الأنواع الثلاثة لا تفتقر إليهما ، وهو منصوص « البويطي » .

فروع :

الأول : تشترط في الواهب أهلية التبرع ، فلا تصح هبة المكاتب بغير إذن سيده ولا العبد وإن قلنا : يملك بتمليك سيده ، والمبعض . . قال الدارمي : تصح هبته[1] .

الثاني : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول . . قبل له وليه ، فإن كان الواهب له من يلي أمره غير الأب والجد . . قبل له الحاكم أو نائبه ، وإن كان أباً أو جداً . . تولى الطرفين كالبيع ، ولا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لا ولاية له عليه خلافاً لأبي حنيفة ، وإذا وهب لعبد غيره . . فالمعتبر قبول العبد .

الثالث : إذا وهب له شيئين فقبل أحدهما ، أو شيئاً فقبل بعضه . . فوجهان في « الروضة » و« الشرح » .

قال الرافعي : والفرق بينه وبين البيع : أن البيع معاوضة وقد يتضرر البائع بالتبعيض ؛ لانتقاص قيمة الباقي ، ولم يرجح الرافعي والمصنف شيئاً منهما .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

قال في « المهمات » : والراجح : التحاقه بالبيع فلا يصح ، كما لو وهب لاثنين فقبل أحدهما نصفه . . فإنه لا يصح على الأصح .

قلت : الصواب : صحته[1] ؛ لما روىٰ أحمد [٤/١٧١] بإسناد جيد في أثناء حديث ليعلىٰ بن مرة : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدي له سمن وأقط وكبش ، فقبل السمن والأقط ورد الكبش) وبه جزم في « الإحياء » .

الرابع : غرس أشجاراً وقال عند الغراس : أغرسها لابني . . لم تصر للابن ، ولو قال : جعلتها له ـ وهو صغير ـ صارت له ، بخلاف الولد الكبير .

الخامس : ختن ابنه واتخذ دعوة فحملت إليه هدايا ولم يسم أصحابها الأب ولا الابن ، فهل تكون الهدايا ملكاً للأب أو الابن؟ فيه وجهان : قطع القاضي حسين بأنها للولد[2] ، ويجب على الأب أن يقبلها له ، فإن لم يقبل . . أثم .

وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي : تكون ملكاً للأب ؛ لأن الناس يقصدون التقرب إليه ، قال المصنف : وهـٰذا أقوىٰ وأصح ، قال الشيخ : وبه أقول[3] .

ويتفرع عليه أنه إذا كان الأب قاضياً . . يحرم قبول الهدية له .

السادس : بعث إليه كتاباً وقال : اكتب الجواب علىٰ ظهره . . لزمه رده ، وليس له التصرف فيه ، وإلا . . فهو هدية يملكها المكتوب إليه على الأصح .

وقيل : يبقىٰ علىٰ ملك الكاتب ، وللمكتوب إليه الانتفاع به علىٰ سبيل الإباحة .

السابع : أعطاه درهماً وقال : ادخل به الحمام ، أو دراهم وقال : اشتر لنفسك بها عمامة ونحو ذلك . . ففي « فتاوى القفال » : أنه إن قال ذلك علىٰ سبيل التبسط المعتاد . . ملكه وتصرف فيه كيف شاء ، وإن كان غرضه تحصيل ما عينه لما رأىٰ به من الشعث والوسخ أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس . . لم يجز صرفه إلىٰ غير ما عينه ، وكذلك لو طلب الشاهد مركوباً فأعطاه دراهم ليصرفها إلىٰ مركوب هل له صرفها إلىٰ

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في (ك) : (وصححه العبادي) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

جهة أخرىٰ؟ وجهان : قال المصنف : والصحيح المختار ما قاله القفال[1] .

ويشكل علىٰ تصحيحه : أنه في (الشهادات) صحح : أنه لو أعطى الشاهد دراهم وقال : اركب بها . . أن له صرفها في الركوب وغيره من غير فرق[2] .

وصحح الرافعي فيما لو أوصىٰ لدابة غيره وفسره بالصرف في علفها : أنه يصح ، ويتعين الصرف لذلك ؛ مراعاة لغرض الموصىٰ .

الثامن : سئل الشيخ أبو زيد عن رجل مات أبوه ، فبعث إليه رجل ثوباً ليكفنه فيه هل يملكه حتىٰ يمسكه ويكفنه في غيره؟ فقال : إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو ورع . . فلا ، ولو كفنه في غيره . . وجب رده إلىٰ مالكه[3] .

التاسع : أفتى الغزالي بأن خادم الصوفية الذي يتردد في الأسواق ويجمع لهم شيئاً يأكلونه أن الخادم يملكه ، ولا يلزمه الصرف إليهم ، قال : إلا أن المروءة تقتضي الوفاء لهم ، لـٰكن لهم منعه من الأخذ على اسمهم .

وقال في « الإحياء » : من له عيال وأعطي شيئاً بسببهم . . فهو له ، وله أن يطعمهم من غيره .

العاشر : أعطاه ثوباً علىٰ وجه الصدقة ، فأخذه ظاناً أنه عارية أو وديعة ، فرده على الدافع . . قال القاضي : لا يحل له أخذه ، وعليه إخباره بأنه صدقة ، وهـٰذا تفريع على الصحيح أن الصدقة لا تفتقر إلىٰ لفظ ، أما علىٰ طريقة أبي حامد . . فلا ، ولو جاء الرسول وقال : إنه هدية ، وكذبه ربه وقال : إنما أرسلته عارية أو وديعة . . صدق .

---

(١) في غير (ك) : (وهـٰذا يشكل عليه ما قاله القاضي حسين : أنه لو قال : وهبتك هـٰذا لتشتري به ثوباً وتلبسه . . فإنه لا تصح الهبة ؛ لأنه لم يطلق له التصرف) .

(٢) في هامش (ك) : (وذكر نحوه الأذرعي ، والفرق بينهما وبين ما قبلها : أن الشاهد يستحق أجرة الركوب فله التصرف فيها كيف شاء ، والمذكور هنا من باب الصدقة والبر فروعيَ فيه غرض الدافع) .

(٣) كذا في (ك) بزيادة : (وإلا . . كان له أخذه وتكفينه في غيره) ، ورمز لقول أبي زيد بالصحة .

وَلَوْ قَالَ : أَعْمَرْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلدَّارَ فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ . . فَهِيَ هِبَةٌ ، . . . .

قال : (**ولو قال : أعمرتك هـٰذه الدار فإذا مت فهي لورثتك**) أو لعقبك (. . **فهي هبة**) مما يتعلق بالصيغة الكلام في العمرىٰ والرقبىٰ ، وهما لفظان كانت العرب تستعملهما في عطيتين مخصوصتين ، وقد ورد الشرع بتعيين بعض أحكامهما .

ولفظ العمرىٰ مأخوذ من العمر ؛ لأنه يجعلها له عمره ، والرقبىٰ من المراقبة ؛ لأن كلاً منهما يرقب صاحبه .

والأصل في ذلك : ما رواه مسلم [١٦٢٥] عن جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعمر عمرىٰ له ولعقبه . . فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها ؛ لأنه أعطىٰ عطاء وقعت فيه المواريث » .

ورواها عن النبي صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت(١) وأبو هريرة(٢) وابن عمر وابن عباس(٣) ، وأجمع الناس علىٰ صحة العمرىٰ في الجملة ، ولها صور :

إحداها : ما بدأ به المصنف ، قال الأصحاب كلهم : تصح ، وهي الهبة بعينها لـٰكنه طول العبارة ، ولا خلاف أنه إذا مات في هـٰذه الصورة . . تكون لورثته ، فإن لم يكن له وارث . . كانت لبيت المال ، ولا تعود إلى المعمر بحال ، ولا خلاف أنها لا تختص بالعقب ، بل ورثته كلهم كذلك ، وهو ظاهر(٤) .

وتمثيله بـ(الدار) لا يفهم منه الحصر ، بل الحيوان وغيره كذلك بلا خلاف ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعمر شيئاً . . . » .

ولو قال : سكنىٰ هـٰذه الدار لك عمرك ، أو قال : أسكنتها لك عمرك . . صح ، وكانت هبة منافع تستوفىٰ بمضي الزمان شيئاً فشيئاً ، وللمسكن الرجوع متىٰ شاء ، وأيهما مات . . بطلت الإباحة .

وقال مالك : اللفظ الذي ذكره المصنف ينصرف إلى المنافع ؛ لأن تمليك الرقبة

---

(١) النسائي (٦/ ٢٧١) .
(٢) البخاري (٢٦٢٦) .
(٣) النسائي (٦/ ٢٧١) .
(٤) في هامش (ك) : (مطلقاً من غير تفصيل) .

وَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ : أَعْمَرْتُكَ . . فَكَذَا فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَلَوْ قَالَ : فَإِذَا مِتَّ عَادَتْ إِلَيَّ . . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

لا يتأقت ، فإذا مات المعمر ولا ورثة له . . رجعت إلى المعمر ، وكذا لو كان له ورثة وانقرضوا ، ولا تكون لبيت المال .

قال : (**ولو اقتصر علىٰ : أعمرتك . . فكذا في الجديد**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « العمرىٰ ميراث لأهلها » متفق عليه [م ١٦٢٦] من حديث أبي هريرة ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ويقابل الجديد أقوال في القديم :

أشهرها : بطلانها ؛ لقول جابر : (إنما العمرى التي أعمر[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول : هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هي لك ما عشت . . فإنها ترجع إلىٰ صاحبها) رواه مسلم [١٦٢٥] .

والقول الثاني القديم : أنها تكون للمعمر في حياته ، فإذا مات . . رجعت للمعمر أو ورثته .

والثالث : أنها عارية يستردها المعمر متىٰ شاء ، ثم بعده للواهب .

ومراده بالاقتصار : أنه لم يقل معه : هو لك ولعقبك ، لا أنه لم يذكر معه شيئاً آخر ، فإنه لو ضم إليه : هي لك عمرك أو مدة عمرك أو ما شئت أو ما حييت . . كان الحكم كذلك .

قال : (**ولو قال : فإذا مت عادت إلي . . فكذا في الأصح**) فتصح الهبة ويلغى الشرط ؛ لإطلاق الأحاديث الصحيحة ، قال الرافعي : وكأنهم عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة ، فليس لنا شرط فاسد مناف لمقتضى العقد يصح معه إلا هـٰذا .

والثاني : تبطل ؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى الملك ، لأن من ملك شيئاً . . صار بعده إلىٰ وارثه .

والثالث : تصح ولا يلغى الشرط ، والمسألة مفرعة على التي قبلها ، فإن قلنا في

---

(١) كذا في النسخ ، والذي في « الصحيح » : (التي أجاز) .

وَلَوْ قَالَ : أَرْقَبْتُكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبىٰ ، أَيْ : إِنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَكَ ٱسْتَقَرَّتْ لَكَ . . فَٱلْمَذْهَبُ : طَرْدُ ٱلْقَوْلَيْنِ ٱلْجَدِيدِ وَٱلْقَدِيمِ . . . .

تلك بالبطلان . . فهـٰذه أولىٰ ، وإن قلنا بالصحة والعود إلى الواهب . . فكذلك هنا .

ولو قال : جعلت هـٰذه الدار لك عمري أو حياتي . . فوجهان :

أحدهما : أنه كقوله : جعلتها لك عمرك أو حياتك ؛ لشمول اسم العمرىٰ .

وأصحهما : البطلان ؛ لخروجه عن اللفظ المعتاد لما فيه من تأقيت الملك ، فإنه قد يموت الواهب قبله بخلاف العكس ، فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته فلا تأقيت فيه ، وأجري الخلاف فيما لو قال : جعلتها لك عمر فلان .

قال : (**ولو قال : أرقبتك أو جعلتها لك رقبىٰ ؛ أي : إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت لك . . فالمذهب : طرد القولين الجديد والقديم**) فإن قلنا بالجديد . . صح ولغى الشرط ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن أعمر شيئاً . . فهو لورثته » رواه أبو داوود [٣٥٥١] .

والقديم : البطلان .

والطريق الثاني : القطع بالبطلان ؛ لأن فيها تأقيتاً واشتراطاً ليس في العمرىٰ ، ثم لا بد في الرقبىٰ من الإيجاب والقبول والقبض كما سبق .

فروع :

الأول : لو باع علىٰ صورة العمرىٰ فقال : ملكتكها بعشرة عمرك . . قال ابن كج : لا يبعد عندي جوازه تفريعاً على الجديد ، وقال أبو علي الطبري وابن سريج : لا يجوز ، وهو الأصح .

الثاني : لا يجوز تعليق العمرىٰ كقوله : إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هـٰذه الدار ، أو فهي لك عمرك ، ولو علق بموته فقال : إذا مت فهـٰذه الدار لك عمرك . . فهي وصية تعتبر من الثلث .

الثالث : جعل رجلان كل واحد منهما داره للآخر عمره علىٰ أنه إذا مات قبله عادت إلىٰ صاحب الدار . . فهـٰذه رقبىٰ من الجانبين .

الرابع : قال : داري لك عمرك ، فإذا مت فهي لزيد ، أو عبدي لك فإذا مت فهو حر . . صحت العمرىٰ علىٰ قوله الجديد ، ولغى المذكور بعدها .

قال : (**وما جاز بيعه . . جاز هبته**) هـٰذا هو الركن الرابع ، وهو الموهوب ، وهو معتبر بالبيع فإن الهبة تمليك ناجز كالبيع ، هـٰذا هو الغالب ، وقد يختلفان فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره ، وسواء وهبه للشريك أو غيره .

وتجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه .

ولا تجوز هبة المعدوم ولا المجهول والضال والآبق ، وفي هبة ما لم يره الخلاف في بيعه .

وهبة الزيت النجس والتصدق به منعها القاضي أبو الطيب ، وقال المصنف : ينبغي أن يقطع بجواز التصدق به للاستصباح ونحوه .

وحذف المصنف التاء من (جازت هبته) لمشاكلة (جاز بيعه) ، ولأن تأنيث الهبة غير حقيقي ، لـٰكن يستثنىٰ من إطلاق المصنف : المنافع ؛ فإنها تباع بالإجارة ، وفي هبتها وجهان :

أشهرهما : أنها تكون عارية[1] .

والثاني : أنها هبة لا تلزم إلا بالقبض[2] ، وقبضها باستيفائها[3] ، فيرجع متىٰ شاء ، وليس قبضها ـ كما في الإجارة ـ بقبض العين ، واستشكل بأن استيفاء المنافع إتلافها فكيف يملكها بعد تلفها بخلاف العارية .

ويستثنى الموصوف في الذمة ؛ فإنه يباع سلماً ، ولا يجوز أن يقول : وهبتك ألف درهم في ذمتي ثم يعينها في المجلس ، والمال الذي لا يصح التبرع به يجوز بيعه كالمريض يصح بيعه من وارثه بثمن المثل ولا تصح هبته منه ، بل يكون وصية .

---

(١) في هامش (ك) : (فلا يملك منافعها) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (ويملك منافعها بقبضها) .

وَمَا لاَ كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ . . فَلاَ ، إِلاَّ حَبَّتَيْ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهَا . . . .

والوصي والقيم على مال الطفل يصح منهما بيع ماله ، ولا يجوز لهما هبته .

والوكيل بالبيع وغيره والمكاتب يصح منه بيع ما في يده لا هبته كما تقدم .

والإمام في بيع المال له بيع ما رأى المصلحة في بيعه منه دون هبته من غير مستحق ونحوه ، وإذا استولد الراهن الجارية المرهونة أو عتقها ولم ينفذهما لكونه معسراً . . يجوز بيعها للضرورة ، ولا تجوز هبتها ، لا من المرتهن ولا من غيره كما قاله الرافعي ، وحكم الهبة في الاستتباع حكم البيع ، فما تبع فيه . . تبع فيها ، وما لا . . فلا ، كذا صرح به الجرجاني[1] ، إلا أن الإمام ذكر في (باب الخراج بالضمان) أنه لو وهب حاملاً . . لا يتبعها الحمل على الجديد .

قال : (**وما لا كمجهول ومغصوب وضال . . فلا**) ؛ لأنه لا يصح بيعه ، وقال ابن سريج : تصح هبة الآبق والمغصوب لقادر على انتزاعهما ، ويستثنىٰ من المجهول إذا لم تعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث ، كما لو خلف ولدين أحدهما خنثىٰ أو اصطلح الذين وقف بينهم المال على التساوي أو التفاوت . . فإنه يجوز .

قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهم تواهب ، وإلا . . بقي المال علىٰ صورة التوقف ، فإنه وإن كان عن جهالة فإنه جائز للضرورة ، فلو أخرج بعضهم نفسه من البين ووهبه لهم علىٰ جهل بالحال . . جاز أيضاً ، ولا بد من لفظ الهبة ، بخلاف إعراض الغانم ، وكذلك إذا اختلط حمام البرج أو الثمار والأحجار المدفونة ، وكذلك الصبغ في البيع ونحوه علىٰ ما تقرر في أبوابه .

قال : (**إلا حبتي حنطة ونحوها**) أي : من المحقرات ؛ فإنه لا يجوز بيعها على الصحيح ، وتجوز هبتها بلا خلاف ، كذا في « الدقائق » ، وكأنه سبق قلم[2] ؛ ففي « الشرح » في (باب اللقيط) في الحكم الثالث في التعريف : أن ما لا يتمول كحبة حنطة وزبيبة لا يباع ولا يوهب ، وهو ساقط من « الروضة » ؛ لأنه في ضمن بحث .

ولم يذكر الرافعي ولا ابن الرفعة هـٰذا الاستثناء في شيء من كتبهما ، ومال الشيخ

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (ليس كما قال ، بل هو الأصح) .

إلى الصحة ؛ لأن كلام الماوردي في أول (الدعاوىٰ) صريح في جوازه[1] ، وأورد علىٰ حصره مسائل :

منها : بيع حق التحجر لا يصح على الأصح ، وتجوز هبته .

ومنها : إذا جعل شاته أضحية . . ليس له بيع صوفها ولبنها ، وله هبة ذلك ، قاله الروياني[2] .

ومنها : جلد الميتة قبل الدباغ يوهب ولا يباع كما قاله في (باب الأواني) من « الروضة » .

ومنها : هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرىٰ لا تقابل بعوض .

ومنها : الطعام المغنوم في دار الحرب يهبه المسلمون بعضهم من بعض ليأكلوه ما داموا في دار الحرب ، ولا يصح تبايعهم له .

ومنها : الضيف له أن يهب من صاحبه علىٰ رأي ، ولا يصح بيعه .

ومنها : الدهن النجس للاستصباح ونحوه كما في زوائد « الروضة » في (باب البيع) تفقهاً ، ووافق المنقول في « البحر » قبيل (باب السلم) .

فرع :

قال العبادي : لو قال : أنت في حل مما تأخذ من مالي أو تعطي أو تأكل . . يجوز أن يأكل ولا يجوز أن يأخذ أو يعطي[3] ؛ لأن الأكل إباحة وهي تصح مجهولة ، والأخذ والإعطاء هبة لا تصح مجهولة .

قال : ولو قال لرجل : ادخل كرمي وخذ ما شئت ، أو خذ من الثمرة ما شئت . . لا يزيد علىٰ عنقود واحد ؛ لأنه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وهو مشكل ؛ ففي « فتاوى

---

(١) في غير (ك) : (صريح في استثنائه) .

(٢) في هامش (ك) : (يؤخذ منه أنه لو وهب جلد الأضحية . . صح ذلك وإن لم يصح ببيعه . كاتبه) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

القفال » : أنه في هـٰذه الحالة يأخذ ما شاء ؛ لأنه إباحة[(١)] .

وإن قال : ما أخذت من ثمار بستاني فقد وهبته لك . . لم يجز[(٢)] .

قال : (**وهبة الدين للمدين إبراء**) لا يحتاج إلى القبول على المذهب نظراً إلى المعنىٰ ، وقيل : يحتاج نظراً إلى اللفظ ، واختلف كلام الشيخين في اعتبار ذلك ، ويجريان فيما لو تصدق عليه به ، حكاه الإصطخري في (أدب القضاء) ، والروياني تفقهاً ، وقال أبو حامد : لا يحتاج إلىٰ قبوله قطعاً .

قال : (**ولغيره باطل[(٣)] في الأصح**) ؛ لأنه غير مقدور علىٰ تسليمه .

والثاني : يصح ، ونقلوه عن النص ، وجعله في « الشامل » الأقيس ؛ لأن الذمم تجري مجرى الأعيان ، والخلاف مبني علىٰ جواز بيعه لغير من عليه ، إن صح . . فالهبة أولىٰ ، وإلا . . فوجهان : أصحهما : المنع ، فإن صحت . . ففي لزومها قبل القبض وجهان .

والرافعي والمصنف أطلقا الدين ، وقيده صاحب « البيان » وغيره بالمستقر ، وقيده بعضهم بكونه علىٰ مليء باذل .

فرع :

رجل عليه زكاة وله دين علىٰ مسكين فوهب له الدين بنية الزكاة . . لم تقع الموقع ؛ لأنه إبراء وليس بتمليك ، وإقامة الإبراء مقام التمليك إبدال وذلك لا يجوز في الزكاة ، هـٰكذا قال صاحب « البيان » .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا مبني علىٰ أن الإباحة هي التي يلقطها فيحتمل فيها التعليق على الأصح ؛ إذ لا تمليك فيها ، بخلاف ما إذا جرت بلفظ الهبة كما في مسألتنا . . فيقتضي التمليك ، والتعليق والجهالة ينافيان ذلك) .

(٣) هـٰكذا في النسخ بلفظ : (باطل) ، وفي نسخ « المنهاج » وشروحه : (باطلة) . ولعله الصواب والله أعلم .

قال : (**ولا يملك موهوب إلا بقبض**) كالقراض ؛ لأن كلاً منهما عقد إرفاق يحتاج إلى القبول ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لما روىٰ مالك [٢/٧٥٢] عن الزهري عن عروة عن عائشة : أن أبا بكر نحلها عشرين وسقاً من ماله ، فلما مرض . . قال : (يا بنية ؛ ما أحد أحب إلي غنىً بعدي منك ، ولا أحد أعز علي فقراً منك ، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ، ووددت أنك حزتيه وقبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث وهما أخواك وأختاك ، فاقسموه علىٰ كتاب الله ، فقالت : عرفت أخوي محمداً وعبد الرحمـٰن وأختي أسماء فمن الأخرىٰ ؟قال : ألقي في روعي أن التي في بطن بنت خارجة جارية) فلو كانت الهبة تملك قبل القبض . . لم يكن لقوله : (وددت أنك لو حزتيه) معنىً ، وقال بهـٰذا سبعة من الصحابة : أبو بكر وعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر ومعاذ وعائشة ، ولا مخالف لهم .

وصحح الحاكم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدىٰ إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكاً ، فمات النجاشي قبل أن يصل إليه ، فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بين نسائه) .

ويقابل ما جزم به المصنف قول قديم : إن الملك يحصل بنفس العقد ، وبه قال مالك وأبو ثور و داوود .

وروي عن القديم قول آخر : إن الملك موقوف إلىٰ أن يوجد القبض ، فإذا وجد . . تبينا حصول الملك من وقت العقد ، ويتفرع على الأقوال أن الزيادات الحادثة بين العقد والقبض لمن تكون؟

وصفة القبض كما في البيع ، إلا أنه لم يحصل بالإتلاف ولا بتخلية غير المنقول[١] ؛ لأنه غير مستحق كقبض الوديعة ، وهـٰذه الأقوال كالأقوال في أن المبيع ينتقل إلىٰ ملك المشتري بالعقد أو بانقضاء الخيار أو بهما؟ وفي أن الموصىٰ به ينتقل إلى الموصىٰ له بالموت أو بالقبول أو بهما؟ لـٰكن الراجح مختلف .

---

(١) في غير (ت) : (ولا بتخلية المنقول) .

بِإِذْنِ ٱلْوَاهِبِ ، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ ٱلْهِبَةِ وَٱلْقَبْضِ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، . . . .

تنبيهات :

أحدها : كلام المصنف هنا مخالف لما وقع في « المحرر » و« الروضة » و« المنهاج » في (باب الاستبراء) حيث قال : (ولو مضىٰ زمن استبراء بعد الملك وقبل القبض . . حسب إن ملك بإرث ، وكذا بشراء في الأصح لا هبة) فإن هٰذا يقتضي ترجيح الثاني[١] .

الثاني : لا يخفىٰ أن كلامه في الهبة الصحيحة ، أما الفاسدة . . فلا يحصل فيها الملك بالقبض ، والمقبوض بها غير مضمون في الأصح .

الثالث : يستثنىٰ من ذلك الهبة الضمنية كما لو قال : أعتق عبدك عني مجاناً ؛ فإنه يعتق ويسقط فيه القبض كما تقدم في إسقاط القبول إذا كان التماس العتق بعوض .

ولو وهب لابنه الصغير شيئاً وقبله له . . حكى ابن عبد البر إجماع الفقهاء علىٰ أنه لا يحتاج إلىٰ قبض[٢] ، ولو أمر الواهب المتهب بعتق الموهوب فأعتقه . . نفذ وكان قبضاً ، وكذلك إذا أذن في أكله فأكله .

قال : (**بإذن الواهب**) فلو قبضه بغير إذنه . . لم يملكه ويضمنه ، سواء قبضه في مجلس الهبة أو بعده ، سواء كان في يد الواهب أم لا على الأصح ، غير أنه لا يشترط الفور في القبض ، بل يجوز على التراخي .

ولو بعث هدية إلىٰ شخص فمات المهدىٰ إليه قبل وصولها . . بقيت علىٰ ملك المهدي ؛ لحديث النجاشي المذكور ، فلو مات المهدي . . لم يكن للرسول حملها إلى المهدىٰ إليه ، والظاهر : أن الحكم كذلك لو جن أو أغمي عليه أو حجر عليه بسفه أو فلس[٣] ، ولو اختلفا في الإذن في القبض . . فالقول قول الواهب .

قال : (**فلو مات أحدهما بين الهبة والقبض . . قام وارثه مقامه**) أي : في القبض

---

(١) في هامش (ك) : (ما عبر به هناك فيه تجوّز ، لا أنه مخالف) .

(٢) في هامش (ك) : (لكن كلامهم في البيع ونحوه يخالفه) ورمز له بالصحة .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

والإقباض ، ولا ينفسخ العقد ؛ لأنه يؤول إلى اللزوم فلم يتأثر بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار .

قال : (**وقيل : ينفسخ العقد**) ؛ لجوازه كالشركة والوكالة .

والجواب : أن هٰذه العقود لا تؤول إلى اللزوم ، بخلاف الهبة ، والخلاف جار في جنون أحدهما وإغمائه .

ولو مات الواهب ولا وارث له إلا بيت المال . . يظهر أن الإمام لا يأذن في القبض كما لا يجيز الوصية المتوقفة على الإجازة[1] .

وفي « تحرير الجرجاني » : أن هٰذا الخلاف لا يجري في الهدية إذا مات المهدي قبل وصولها ، بل ينفسخ قولاً واحداً ؛ لعدم القبول ، ويشهد له حديث النجاشي المتقدم .

فروع :

باع الواهب ما وهبه قبل أن يقبضه المتهب . . صح البيع وبطلت الهبة ، ولو أتلف المتهب الموهوب . . لم يصر قابضاً ، بخلاف المشتري إذا أتلف المبيع ؛ لأن القبض في البيع مستحق ، وللمشتري المطالبة به فجعل التمكين قبضاً ، وفي الهبة غير مستحق فاعتبر تحقيقه .

ولو أذن الواهب للمتهب في قبض الموهوب قبل الإيجاب والقبول . . لم يصح كما لو شرط البيعان الخيار قبل العقد ، وإن أذن له بينهما بأن قال : وهبت لك الدار وأذنت لك في قبضها ، فقال المتهب : قبلت . . فعن الفقيه زيد بن عبد الله اليفاعي شيخ صاحب « البيان » : أنه لا يصح ، وعن القاضي أبي الطيب والشيخ أبي إسحاق : أنه يصح ، والفرع شبيه بمزج الرهن بالبيع ، وعن نص الشافعي : لو قال : وهبته له

(١) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : ينقدح أن يقال : إن كانت تلك العين لو كانت ملكاً لبيت المال . . كان للإمام أن يملكها المتهب . . كان له إقباضه إياها ، وإلا . . فلا) ورمز له بالصحة .

وملكه. . لم يكن إقراراً بلزوم الهبة ؛ لجواز أن يعتقد لزومها بالعقد كما قاله مالك ، والإقرار يحمل على اليقين .

ولو قال : وهبته له وخرجت إليه منه ، فإن كان الموهوب في يد المتهب. . كان إقراراً بالقبض ، وإن كان في يد الواهب. . فلا .

ولو قيل له : وهبت دارك لفلان وأقبضته؟ فقال : نعم. . كان إقراراً بالهبة والإقباض .

ولو وهب من رجل عبداً بشرط أن يعتقه. . ترتب على القولين في البيع ، فإن قلنا : يصح فيه. . ففي الهبة أولىٰ ، وإن قلنا : لا يصح. . ففي الهبة وجهان .

قال : (**ويسن للوالد العدل في عطية أولاده**) ؛ كيلا يفضي بهم الميل إلى العقوق.

والمراد بـ(الوالد) : الأصل ، والأم والجدة والجد كذلك .

وفي « الصحيحين » [خ ٢٥٨٦ـ م ١٦٢٣] : عن النعمان بن بشير : أن أباه أتىٰ به النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحلت ابني هـٰذا غلاماً ، فقال : « أكل ولدك نحلت مثله؟ » قال : لا ، قال : « فأرجعه » وفي رواية لهما : « أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء؟ » قال : نعم ، قال : « فلا إذن » وفي رواية لهما : « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » .

وبقولنا قال مالك وأبو حنيفة وأكثر العلماء .

وقال أحمد وابن حبان : يجب العدل بين الأولاد في العطية إلا إذا اختص أحدهما بمعنىً يبيح التفضيل كحاجة أو زمانة أو عمىً ، أو كثرة عائلة ، أو اشتغال بعلم ونحوه .

ولا خلاف أن التسوية بين الأولاد مطلوبة ، حتىٰ في القُبلة ينبغي إذا قبل أحدهم أن يقبل الآخر .

واستدل القائلون بجواز التفضيل بقصة أبي بكر لما نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً ، وبأن عمر فضّل عاصماً بشيء ، وفضّل ابن عوف ولد ابن أم كلثوم ، وفضّل

بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ ٱلذَّكَرِ وَٱلْأُنْثَىٰ ، وَقِيلَ : كَقِسْمَةِ ٱلْإِرْثِ . . . .

عبد الله بن عمر بعض ولده علىٰ بعض ، وفضل القاسم بن محمد بعض ولده علىٰ بعض .

وقال الشيخ عز الدين في « القواعد » : لو كان بعضهم فقيراً وبعضهم غنياً . . ففي تقديم الفقير على الغني نظر واحتمال[1] ، وعبارة المصنف تقتضي : أن ترك المساواة خلاف الأولىٰ ، لـٰكن جزم المصنف والرافعي بالكراهة[2] .

وإذا أعطىٰ وعدل . . كره له الرجوع ، وكذا إن كان له ولد واحد فوهب منه . . كره له الرجوع إن كان الولد عفيفاً باراً ، وإن كان عاقاً أو كان يستعين بما أعطاه في معصية . . فلينذره بالرجوع ، فإذا أصر . . لم يكره الرجوع .

وقال الغزالي : إذا ترك العدل . . كان تاركاً للأحب ، فلم يقل : الواجب كما نقله ابن الرفعة وغيره عنه .

وكذلك يسن العدل للولد إذا وهب شيئاً لأبويه ، قال الدارمي : فإن فضل . . فضل الأم ؛ لحديث : (أن لها ثلثي البر)[3] .

ونقل المصنف في « شرح مسلم » في (باب البر والصلة) عن المحاسبي : أنه نقل الإجماع علىٰ أن الأم تفضل في البر على الأب .

قال : (**بأن يسوي بين الذكر والأنثىٰ**) ؛ لما روىٰ سعيد بن منصور [٢٩٣] والبيهقي [٦/١٧٧] عن ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « سووا بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مفضلاً أحداً . . لفضلت النساء » وبهـٰذا قال أبو حنيفة ومالك .

قال : (**وقيل : كقسمة الإرث**) وبه قال أحمد فيعطي الذكر مثل حظ الأنثيين كما أعطاهم الله تعالىٰ وهو خير الحاكمين .

وقيل : الأولىٰ أن يفضل الأنثىٰ ، حكاه ابن سلامة المقدسي في « شرح

(١) في هامش (ك) : (الذي يظهر : أنه لا بأس بالتخصيص ، وكذا لا بأس بالتخصيص إذا كان أحدهما ذا فضيلة بعلم أو ورع) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) أخرجه ابن حبان (٤٣٣) .

المفتاح » ، ويرده حديث ابن عباس المذكور .

ولو كان في الأولاد خنثىٰ . . فحكمه كالذكر لا الأنثىٰ ، حتىٰ يجري فيه الوجهان ، كذا في (نواقض الوضوء) من « شرح المهذب » ، والإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هٰذا الخلاف ، قال ابن الرفعة : ويحتمل طرده خشية الإيحاش ، وقد يفرق بأن المحذور في الأولاد عدم البر وهو واجب ، قال : ولا شك أن التسوية بينهم مطلوبة ، لٰكن دون طلبها بين الأولاد .

وقد روى البيهقي في « شعبه » [٧٩٢٩] عن سعيد بن العاصي : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « حق كبير الإخوة علىٰ صغيرهم كحق الوالد علىٰ ولده » وفي رواية [٧٩٣٠] : « الأكبر من الإخوة بمنزلة الأب » .

فرع :

إذا لم يعدل ووهب بعض أولاده دون بعض من غير معنىً يقتضي ذلك . . فعن أحمد أنها باطلة ، وعنه أنها صحيحة ويجب أن يرجع ، وعندنا هي صحيحة مع الكراهة كراهة تنزيه ، والأولىٰ في هٰذه الحالة أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل ، ولو رجع . . فلا بأس .

قال : (**وللأب الرجوع في هبة ولده**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطىٰ ولده » رواه الأربعة[1] وصححه الحاكم [٤٦/٢] وابن حبان [٥١٢٣] .

وقال ابن سريج : لا يرجع إلا إذا قصد بهبته استجلاب بر أو دفع عقوق فلم يحصل ، فإن أطلق الهبة ولم يقصد ذلك . . فلا رجوع ، والصحيح : الجواز مطلقاً ، ولغرابة هٰذا عن ابن سريج لم يعد وجهاً .

وقال أبو حنيفة : لا رجوع للأب ، وعن مالك : إن رغب راغب في مواصلة الولد

(١) أبو داوود (٣٥٣٣) ، والترمذي (١٢٩٨) ، والنسائي (٦/ ٢٦٥) ، وعند ابن ماجه (٢٣٧٧) .

بسبب المال الموهوب فزوج من الابن أو تزوج البنت.. فلا رجوع له ، وأصح الروايتين عن أحمد مثل مذهبنا .

واستدل أبو حنيفة لمنع رجوع الأب بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « العائد في هبته. . . »[1] ونحوه وأدلة الرجوع أخص وأقوىٰ في المعنىٰ ، لا سيما قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » فلفظه صريح ما فيه حيلة ، ومذهب أبي حنيفة عكس هـٰذا وقال : الوالد لا يرجع وغيره يرجع .

نعم ؛ يستحب الرجوع لمن ترك العدل بين أولاده ، نقله في « البحر » عن الأصحاب ، وحق الرجوع ثابت له على التراخي ، فلو أسقطه.. لم يسقط ، بل له الرجوع بعد ذلك .

ولا فرق في الولد بين أن يكون غنياً أو فقيراً ، اتفق دين الوالد والولد أو اختلف ، كبيراً كان الولد أو صغيراً[2] ، وكان الشيخ يتوقف في جواز الرجوع في هبة الولد الصغير ؛ إذ لا حظ له في ذلك ، ويجوز الرجوع في بعض الموهوب كما له الرجوع في كله كما قاله الرافعي في (باب التفليس)[3] .

قال : (**وكذا لسائر الأصول على المشهور**) ؛ لأنه كالأب في الحرمة والاحترام والعتق والنفقة وسقوط القصاص .

والمعنىٰ في تخصيص الأصول بذلك : انتفاء التهمة عنه ؛ لما طبع عليه الإنسان من إيثار ولده علىٰ نفسه ، ولأنه لا يرجع إلا لحاجة أو مصلحة ، وقد يرىٰ في وقت أن المصلحة في الرجوع إما بقصد التأديب أو غيره ، بخلاف الأجنبي .

وعن القفال الشاشي : أنه لا رجوع للأم ؛ لعدم ولايتها ، ولأن الخبر إنما ورد في الأب ، وقيل : يختص بالأب والأم ، وقيل : لكل أصل له ولاية كالأب والجد أبي

(١) أخرجه البخاري (٢٥٨٩) ، ومسلم (١٦٢٢) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

الأب ، وقيل : ترجع الأم قطعاً وفي غيرها قولان ؛ لأن ولادتها متيقنة والولد منها قطعاً ، وقيل : يرجع آباء الآباء وفي غيرهم قولان .

ولو وهب لعبد ولده . . رجع ، أو لمكاتب ولده . . فلا ، وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي ، ولو تنازع رجلان مولوداً ووهبا له . . فلا رجوع لواحد منهما ، فإن ألحق بأحدهما . . فالأصح في زوائد « الروضة » : الرجوع .

وحكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة ، ولو تصدق علىٰ ولده فله الرجوع على الأصح المنصوص ، كذا قاله الشيخان هنا ، وصححا في (باب العارية) وفي « الشرح الصغير » في البابين مقابله ؛ لأن القصد بالصدقة التقرب إلى الله فأشبهت العتق ، والقصد بالهبة إصلاح الولد وربما كان الإصلاح في الرجوع ، والأصح : الأول كما قاله المتولي[١] .

ولو أبرأه من دين . . بني علىٰ أن الإبراء إسقاط أو تمليك ، إن قلنا : تمليك . . رجع ، وإلا . . فلا .

قال المصنف : ينبغي أن لا يرجع على التقديرين[٢] ، ومحل الرجوع في الهبة إذا كانت بغير ثواب ، فإن شرط فيها الثواب وأثابه الولد . . فلا رجوع له على الصحيح .

ولو وهب من ولده ثم مات الواهب ووارثه أبوه لكون الولد مخالفاً له في الدين . . فلا رجوع للجد الوارث ؛ لأن الحقوق لا تورث وحدها ، إنما تورث بتبعية الأموال وهو لا يرث .

قال : (**وشرط رجوعه : بقاء الموهوب في سلطنة المتهب ، فيمتنع ببيعه ووقفه**) وهـٰذا لا خلاف فيه ؛ لأن الشارع إنما أثبت الرجوع في العين وقد تعذر ، ولا يستحق عنها بدلاً ؛ لأنها لم تكن بعوض ، ويلتحق به ما إذا كاتب العبد أو كانت أمة فاستولدها ، كل ذلك يمنع الرجوع ، والمراد : بيع كله ، فلو باع البعض . . فله

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

لاَ بِرَهْنِهِ وَهِبَتِهِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ وَتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزِرَاعَتِهَا ، وَكَذَا ٱلإِجَارَةُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

الرجوع فيما لم يبع ، قاله صاحب « التقريب »[1] .

ولو كان الموهوب حباً فبذره الابن أو بيضاً فأحضنه الدجاج وتعفن الحب وصار البيض دماً . . خرج عن المالية وامتنع الرجوع حينئذ ، فإذا نبت الحب وصار البيض فرخاً . . قال القاضي حسين والرافعي : لا رجوع ، واختار الشيخ جواز الرجوع كما يرجع في الخل بعد تخمر العصير ؛ لأنه لم يخرج عن سلطنة المتهب .

وإنما عبر المصنف بـ(بقاء السلطنة) لا ببقاء الملك ليحترز بذلك عما لو جنى الموهوب وتعلق الأرش برقبته ، أو أفلس المتهب وحجر عليه . . فإن الرجوع يمتنع مع بقاء الملك ، فلو عبر ببقاء الملك لورد عليه ذلك .

وشملت عبارته ما لو أبق أو غصب . . فإنه يرجع فيه ؛ لبقاء السلطنة .

قال : (**لا برهنه وهبته قبل القبض وتعليق عتقه وتزويجها وزراعتها**) فكل ذلك لا يمنع الرجوع ؛ لبقاء السلطنة ، وكذلك الحكم في التدبير والوصية .

وأفهمت عبارته : أنهما إذا قبضا . . امتنع الرجوع ، وهو في الهبة لا خلاف فيه ، وفي المرهون على الأصح ، وقيل : موقوف ، فإن انفك الرهن . . بان صحته .

وعلى الصحيح : ينبغي أن يستثنىٰ من الرهن المقبوض : ما إذا كان الأب هو المرهون عنده . . فيشبه أن له الرجوع[2] ؛ لأن بيع الرهن من المرتهن جائز ؛ إذ الحق له ، فكذلك رجوعه .

قال : (**وكذا الإجارة على المذهب**) ؛ لأن العين باقية بحالها كالتزويج ، وقال الإمام : إن صح بيع المؤجر . . رجع ، وإلا . . فلا ، وهـٰذا هو المقابل لقول المصنف : (المذهب) .

ولو جنى العبد وتعلق الأرش برقبته . . فهو كالمرهون في امتناع الرجوع ، لـٰكن لو

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال : أفديه وأرجع فيه . . مكن منه ، بخلاف ما لو كان مرهوناً فأراد أن يبدل قيمته ويرجع فيه ؛ لما فيه من إبطال تصرف المتهب ، كذا قاله الرافعي ، والذي قاله القاضي حسين : أن للأب الرجوع ، ولا يكون بذلك مختاراً للفداء ، بل هو بالخيار إن شاء . . فداه ، وإن شاء . . سلمه ليباع في الجناية ، واختاره الشيخ ، والذي قاله الرافعي سبقه إليه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ .

ولو تعلق حق غرماء المتهب بماله لإفلاسه والحجر عليه بالفلس . . ففي الرجوع وجهان :

أصحهما : لا رجوع كالمرهون .

والثاني : له الرجوع ، واختاره الشيخ أيضاً .

قال : (**ولو زال ملكه وعاد . . لم يرجع في الأصح**) ؛ لأن هـٰذا الملك غير مستفاد منه حتىٰ يزيله ويرجع فيه .

والثاني : يعود ؛ لأنه وجد عين ماله عند من له الرجوع فيما وهب منه ، والخلاف ينبني علىٰ أصل تقدم في البيع ، وهو أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، لـٰكن يستثنىٰ منه : ما إذا ارتد ـ وقلنا بزوال ملكه ـ ثم أسلم . . فالأصح : الرجوع ، وما إذا وهبه عصيراً فتخمر وتخلل . . فله الرجوع على المذهب كما تقدم ، وكذلك لو وهبه صيداً فأحرم ولم يرسله ثم تحلل[١] ، ولو كاتبه ثم عجز . . فله الرجوع ؛ لأن الملك الأول لم يزل .

أما لو أشرف على الزوال كما لو ضاع الموهوب من الابن فالتقطه ملتقط وعرفه سنة ولم يتملك فحضر المالك . . فإن العين تُسلَّم إليه ، وهل للأب الرجوع؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يخرج على الخلاف في أن المشرف على الزوال هل هو كالزائل[٢]؟

وأطلق المصنف الزوال والعود ، وفرضه الشيخان فيما إذا عاد بإرث أو شراء وهو

---

(١) في هامش (ك) : (فيه نظر ؛ فإن ملك الولد قد زال بالإحرام ولم يعد بالتحلل ، فإنه يجب عقيب إرساله بعد التحلل على الأصح المنصوص) .

(٢) في هامش (ك) : (الظاهر : الرجوع) .

صحيح بلا إشكال ، وكذلك لو عاد باتهاب ، وفي الثلاثة فرضها القاضي أبو الطيب ، وذكر ابن الرفعة مع ذلك عوده بالإقالة ، وقد يتوقف في ذلك بناءً علىٰ أن الإقالة فسخ ، وهو الصحيح ، فلا يكون العائد ملكاً جديداً ، بل العائد بالفسخ هو الملك الأول ؛ لأن الفسخ رفع أثر العقد ، وعاد الأمر إلىٰ ما كان عليه ، وكذا إذا رد عليه بعيب ، فلذلك قال الشيخ : والأفقه في العود بالرد بالعيب والإقالة الرجوع ، ولو وهب الابن المتهب الموهوب لابنه أو باعه له . . فلا رجوع للجد على المذهب .

قال : (**ولو زاد . . رجع فيه بزيادته المتصلة**) كالسمن وتعلم الحرفة وحرث الأرض وتسويتها ، كما في الرد بالعيب ، وعن القديم وجه[1] : أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة كما في الصداق ، قال ابن الرفعة : وللشافعي نص يشهد له ، لٰكنهم لم يفرعوا عليه .

واستثنى ابن أبي الدم من هٰذا الخلاف : ما إذا وهبها حائلاً ثم رجع وهي حامل . . فإنه يرجع فيها حاملاً قطعاً ، وهٰذا صحيح علىٰ قولنا : الحمل لا يعرف ، فإن قلنا : يعرف ـ وهو الأصح ـ لم يرجع إلا في الأم كما قاله الرافعي وغيره[2] .

نعم ؛ يستثنىٰ : ما لو تعلم حرفة ؛ فإن الأب لا يفوز بها ، بل يكون الابن شريكاً له في الزيادة .

وكذا لو وهبه نخلاً فأطلعت ثمراً غير مؤبر . . لم يرجع فيه على المذهب لأنه لا معاوضة ولا تراضيَ كالصداق ، قاله في « الحاوي » في (باب بيع الأصول والثمار)[3] ، لٰكن في « الروضة » في (باب التفليس) عن الشيخ أبي محمد ما يقتضي ترجيح التبعية ، ولم يحك فيه خلافاً[4] .

قال : (**لا المنفصلة**) معناه : رجع فيه لا في الزيادة المنفصلة ، بل يفوز بها

(١) في (ك) : (وعن « العدة » وجه) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (المعتمد في كل موضع ما فيه) .

وَيَحْصُلُ ٱلرُّجُوعُ بِرَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ ، أَوِ ٱسْتَرْجَعْتُهُ ، أَوْ رَدَدْتُهُ إِلَىٰ مِلْكِي ، أَوْ نَقَضْتُ ٱلْهِبَةَ ، ....

الولد ؛ لحدوث ذلك علىٰ ملكه ، ومن هنا يعلم أن الرجوع في الهبة قطع للملك من حينه لا من أصله كما هو الصحيح في الرد بالعيب .

ولو كان الموهوب ثوباً فصبغه الابن . . رجع الأب في الثوب ، والابن شريك في الصبغ ، ولو قصره ، أو كانت حنطة فطحنها ، أو غزلاً فنسجه ، فإن لم تزد قيمته . . فللأب الرجوع ولا شيء للابن ، وإن زادت ، فإن قلنا : القصارة عين . . فالابن شريك ، وإن قلنا : أثر . . فلا شيء له[١] .

وإذا وهبه حاملاً ورجع قبل الوضع . . رجع فيها حاملاً ، وإن رجع بعد الوضع ، فإن قلنا : الحمل يعرف : رجع في الأم ، وإن قلنا : لا يعرف . . اختص الرجوع بالأصل[٢] .

وإذا وطىء الابن الموهوبة . . قال ابن القطان : لا رجوع وإن لم تحبل ؛ لأنها حرمت على الأب ، والصحيح : ثبوت الرجوع ، ولو نقص الموهوب . . رجع فيه الأب ناقصاً[٣] ، وليس على الابن أرش النقصان .

قال : (**ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت ، أو استرجعته**) أو وهبته (**أو رددته إلىٰ ملكي ، أو نقضت الهبة**) وما أشبه ذلك كأبطلتها أو فسختها ؛ لدلالتها على المقصود ، وهل هي صرائح أو كنايات؟ وجهان[٤] .

ويحصل الرجوع بالكناية مع النية وإن قلنا : لا تنعقد الهبة بها ، والرجوع هناك كرجوع البائع عند فلس المشتري ، فما كان رجوعاً ثَم . . فهو رجوع هنا ، ولا يصح إلا منجزاً ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت . . لم يصح ؛ لأن الفسوخ لا تقبل التعليق ، ولا يحصل الرجوع بالنية قطعاً .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في هامش (ك) : (أصحهما : أولهما) .

قال : (**لا ببيعه ووقفه وهبته وإعتاقه ووطئها في الأصح**) الخلاف عائد إلى المسائل الخمس ، والمقصود : أنه إذا لم يرجع باللفظ ولـٰكن أتىٰ بهـٰذه الأشياء . . فوجهان :

أحدهما : أنها رجوع ، كما أن هـٰذه التصرفات في زمن الخيار فسخ للبيع ، وهـٰذا أصح عند الفوراني وصاحب « البيان » ، وبه أفتى الغزالي .

والثاني : المنع ، وهو الأصح عند الجمهور ؛ لكمال ملك الابن بدليل نفوذ تصرفه .

وفي وجه ثالث : أنه رجوع ولا ينفذ .

وينبغي أن يأتي وجه رابع : أنه إن نوىٰ به الرجوع . . كان رجوعاً ، وإلا . . فلا كما في زمن الخيار ، فعلى الصحيح : تلزمه بالإتلاف القيمة ويلغو الإعتاق وعليه بالوطء مهر المثل وبالاستيلاد القيمة ، ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع في الهبة ؛ لاستحالة إباحة الوطء لشخصين ، وحيث ثبت له . . لا يفتقر إلىٰ قضاء القاضي ، وإذا رجع ولم يسترد المال . . فهو أمانة في يد الولد ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ؛ لأن المشتري أخذه علىٰ حكم الضمان .

ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطء قبل الرجوع ، ثم إذا لم يجعل وطء الأب رجوعاً[1] . . فعليه بالوطء مهر المثل وبالاستيلاد القيمة[2] .

وإن جعلناه رجوعاً . . فهل يقدر انتقال الملك إليه قبله أو معه حتىٰ لا يلزمه المهر أو بعده فيلزمه؟ فيه ثلاثة احتمالات في « المطلب » مستنبطة مما إذا وطىء جارية الابن وأحبلها وأثبتنا الاستيلاد .

وإذا باع الولد العين فادعى الأب : أنه رجع قبل البيع . . لم يقبل ، ويحتاج إلىٰ بيان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ رُجُوعَ لِغَيْرِ ٱلأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ ٱلثَّوَابِ . وَمَتَىٰ وَهَبَ مُطْلَقاً . . فَلاَ ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ ، . . . .

ولو وهب من أبيه شيئاً ثم جن . . لم يكن لوليه الرجوع قطعاً .

ولو حجر عليه بسفه . . كان له به الرجوع في زمن الحجر ، لا بالفلس على الأصح .

ولا يصح الرجوع إلا منجزاً ، فلو قال : إذا جاء الشهر فقد رجعت . . لم يصح ؛ قال المتولي : لأن الفسوخ لا تقبل التعليق .

قال : (**ولا رجوع لغير الأصول**) هـٰذا لا خلاف فيه عندنا ، إنما خالف فيه أبو حنيفة .

قال : (**في هبة مقيدة بنفي الثواب**) ؛ لظاهر الحديث السابق ، وكالمتصدق ، قال الشيخ : ومقصوده بهـٰذا : بيان محل ما تقدم الكلام فيه ، وليس لنا هبة لا ثواب فيها متفق عليها إلا هبة الأعلىٰ للأدنىٰ كما سيأتي .

وأفهمت عبارته : صحة الهبة إذا قيدت بنفي الثواب ، وهو الأصح .

فرع تعم به البلوىٰ :

أقر الأب أن هـٰذه العين ملك ابني وهي في يدي أمانة ، ثم ادعىٰ بعد ذلك أن المقر به كان نحلة وقد رجع فيه وكذبه الولد . . ففي المصدق منهما وجهان :

قال الأكثرون : المصدق الولد ؛ لأن الأصل بقاء ملكه ولا رجوع للأب .

وأفتى القاضي أبو الطيب والماوردي والهروي بمقابله ، وصححه المصنف ؛ لأن الإقرار المطلق ينزل علىٰ أضعف السببين ، وهو هنا الهبة ، كما ينزل علىٰ أقل المقدارين ، ورجح ابن الرفعة الأول وقال : يعارض أضعف السببين هنا كون الأصل بقاء الملك ، فهـٰذا الأصل عضد أقوى السببين فعمل به .

قال : (**ومتىٰ وهب مطلقاً . . فلا ثواب إن وهب لدونه**) أي : في الرتبة كالإمام للرعية ؛ لأنه لا يقتضيه اللفظ ولا العادة ، وألحق الماوردي بذلك هبة الغني للفقير ؛ لأن المقصود نفعه ، وهبة المكلف لغيره ؛ لعدم صحة الاعتياض منه ، وهبة الأهل

وَكَذَا لأَعْلَىٰ مِنْهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . فَإِنْ وَجَبَ . . فَهُوَ قِيمَةُ ٱلْمَوْهُوبِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

والأقارب ؛ لأن المقصود الصلة ، وهبة العدو ؛ لأن المقصود التألف ، والهبة للعباد والزهاد ؛ لأن المقصود بها التبرك ، وكذا الهبة لمن أعان بجاه أو مال فهـٰذه الأنواع لا ثواب فيها .

قال : (**وكذا لأعلىٰ منه في الأظهر**) كهبة الرعية من السلطان ، كما لو أعاره داراً . . لا يلزم المستعير شيء ، فكذلك الهبة إلحاقاً للأعيان بالمنافع ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

والثاني ـ وبه قال مالك ـ : يجب الثواب لاطراد العادة به ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لسلمان : « إنا نقبل الهدية ونكافىء عليها »[1] .

وأصل الخلاف : أن العادة المقررة هل تنزل منزلة الشرط؟ في ذلك قولان ، وقيل : محلهما إذا نوى الثواب ، وإلا . . لم يستحقه قطعاً ، والهدية كالهبة في جميع ذلك ، كذا جزم به الشيخ تبعاً للدارمي والبندنيجي في (باب الشفعة) ، وعبارة المصنف الظاهر أنها كالهبة ، وأما الصدقة . . فثوابها عند الله لا على المتهب قطعاً ، كذا ذكره المصنف في « زوائده » وهو في « الشرح » .

قال : (**ولنظيره على المذهب**) ؛ لأن المقصود من مثله الصلة وتأكد الصداقة .

والطريق الثانية : طرد القولين السابقين .

والثالثة : إن قصده الواهب . . استحقه ، وإلا . . فقولان .

قال : (**فإن وجب**) أي : الثواب (. . **فهو قيمة الموهوب في الأصح**) ؛ لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يسم . . وجبت فيه القيمة كالنكاح ، وعلىٰ هـٰذا : الأصح : قيمة يوم القبض وبه قال مالك ، وقيل : يوم الثواب ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » : قدر قيمة الموهوب ، فأسقط المصنف لفظة قدر من « المنهاج » فأوهم تعين النقد وليس كذلك ؛ لأنه لا يتعين للثواب جنس ، بل الخيرة إلى الواهب ، ويقابل الأصح أوجه :

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٣٧) عن سلمان بنحوه .

قيل : يثيبه إلىٰ أن يرضى الواهب ؛ لما روى الترمذي [٣٩٤٥] وأحمد [٢/ ٢٩٢] وابن حبان [٦٣٨٢] عن أبي هريرة قال : أهدىٰ رجل من بني فزارة للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة . . فعوضه منها ست بكرات فسخطه ، فسمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : « إن رجالاً من العرب يهدي أحدهم الهدية فأعوضه منها بقدر ما عندي ثم يسخطه ، وايم الله! لا أقبل بعد مقامي هـٰذا من رجل من العرب هدية إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي » زاد أبو داوود [٣٥٣١] : « أو مهاجري » .

والثالث : ما يعد ثواباً لمثله عادة ، وصححه صاحب « الإشراف » والفارقي وابن أبي عصرون .

والرابع : ما يتمول وإن قل ؛ لوقوع اسم الثواب عليه ، وبه قال أبو حنيفة ، فإذا أتىٰ به أكثر منه فهل يقع الجميع ثواباً أو ثواباً وتبرعاً؟ خرجه في « المطلب » علىٰ تطويل الركوع ونظائره ، والصواب : أن الخلاف أقوال كما صححه في « تنقيح الوسيط » ، قال : وكذا حكاه جمهور العراقيين ، وهم أعرف بالنصوص .

قال : (**فإن لم يثبه . . فله الرجوع**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من وهب هبة . . فهو أحق بها ما لم يثب منها » صححه الحاكم [٢/ ٥٢] ، ولأنه لم يحصل له ما طمع فيه ، ويكون ذلك قطعاً للملك من حينه لا من أصله كما تقدم في رجوع الوالد في هبة ولده .

وعلىٰ هـٰذا : لا تلزم المتهب الإثابة ، بل إن أراد . . أثاب واستقر ملكه ، وإن أراد . . رد ، فإذا لم يثب . . فللواهب أن يرجع فيما وهب ، وزوائده المتصلة للواهب في الأصح ، والمنفصلة للمتهب ، وقيل : له إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة .

كل هـٰذا إذا كان الموهوب باقياً ، فإن تلف . . ضمن بالقيمة في الأصح ، ويجريان في تغريمه أرش النقص ، فلو أراد الواهب الرجوع والمتهب الإثابة . . أجيب المتهب ، صرح به الدارمي ، فإن تمانعا . . أجبر المتهب علىٰ رد الهبة أو الإثابة .

وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ . . فَالأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْعَقْدِ ، وَيَكُونُ بَيْعاً عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، أَوْ مَجْهُولٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلاَنُهُ . . . .

فرع :

أهدىٰ لرجل شيئاً علىٰ أن يقضي له حاجة أو يخدمه فلم يفعل . . وجب عليه ردها إن كانت باقية ، أو بدلها إذا تلفت ، قاله الإصطخري في « أدب القضاء »[1] .

قال : (**ولو وهب بشرط ثواب معلوم . . فالأظهر : صحة العقد**) نظراً للمعنىٰ ؛ فإنه معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال : بعتك .

والثاني : المنع نظراً للفظ ، وهما كالوجهين فيما إذا قال : بعتك بلا ثمن هل ينعقد هبة أو يبطل؟ وكالوجهين فيما إذا قال : قارضتك والربح كله لك أو لي .

قال : (**ويكون بيعاً على الصحيح**) ملاحظة للمعنىٰ ، فتثبت فيه أحكام البيع عقب العقد كالشفعة وثبوت الخيار ولزوم القبض ، ويقابله : أنه هبة مراعاة للفظ فتثبت فيه أحكامها .

وحاصله : ثبوت الخيار على الصحيح ، وهو خلاف ما صحح في (باب الخيار) وقد تقدم بيانه فيه ، وعلى القولين معاً : لو وهب درهماً بشرط ثواب درهمين . . لم يجز ؛ لأنه رباً .

قال : (**أو مجهول**) أي : بشرط ثواب مجهول (. . **فالمذهب : بطلانه**) ؛ لأنه خالف موجب الهبة بالعوض والبيع بجهالة العوض .

مهمة :

قال : وهبتك ببدل فقال : بل بغير بدل وقلنا : مطلق الهبة لا يقتضي ذلك . . فالأصح في « البحر » : أن القول قول الواهب ، والأصح في زوائد « الروضة » : أن القول قول المتهب ، وله نظيران يشهدان بصحته :

أحدهما : إذا قال السيد لعبده : أعتقتك علىٰ ألف أو بعتك نفسك بها وطالبه بها

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ ؛ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ ٱلْعَادَةُ بِرَدِّهِ كَقَوْصَرَّةِ تَمْرٍ . . فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضاً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ وَيَحْرُمُ ٱسْتِعْمَالُهُ إِلاَّ فِي أَكْلِ ٱلْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنِ ٱقْتَضَتْهُ ٱلْعَادَةُ .

فأنكر العبد وحلف . . سقط المال وحكم بالعتق .

الثاني : إذا قال الزوج : خالعتك بألف وأنكرت المرأة . . حصلت البينونة ولا شيء عليها كما جزم به الرافعي في بابه .

قال : (**ولو بعث هدية في ظرف ؛ فإن لم تجر العادة برده كقوصرة تمر . . فهو هدية أيضاً**) تحكيماً للعادة ، ومثله علب الفاكهة والحلوىٰ .

وقوله : (بعث هدية) أنكره الحريري في « الدرة » ، قال : والصواب : بعث بهدية ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِم بِهَدِيَّةٍ﴾ ، أي : مرسلة رسلاً بهدية ، وغير الحريري أجاز الأمرين جميعاً ، لـٰكن الأحسن ما في القرآن .

و(القوصرة) بتشديد الراء وقد تخفف : وعاء من خوص يكنز فيه التمر ، قال الراجز :

أفلح من كانت له قوصرهْ   يأكل منها كل يوم مرهْ

ولا تسمىٰ بذلك إلا وفيها التمر ، وإلا . . فهي زنبيل أو مكتل .

قال : (**وإلا . . فلا**) بل تكون أمانة في يده كالوديعة للعرف ، ويستحب في هـٰذه الحالة الإسراع برد الوعاء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « استديموا الهدية برد الظروف» .

قال : (**ويحرم استعماله**) ؛ لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه .

قال : (**إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة**) قال البغوي : ويكون في هـٰذه الحالة عارية[1] .

تتمة في مسائل تتعلق بالكتاب :

لا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة ، وهل المقبوض منها مضمون كالبيع الفاسد أم لا كالهبة الصحيحة؟ وجهان ، ويقال : قولان : أصحهما في زوائد « الروضة » : لا ضمان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

قال المتولي : وإذا حكمنا بفساد الهبة فسلم المال بعد ذلك هبة ، فإن كان يعتقد فساد الأولىٰ . . صحت الثانية ، وإلا . . فوجهان بناء علىٰ من باع مال أبيه علىٰ ظن أنه حي فبان ميتاً .

ويكره للإنسان أن يرجع فيما وهبه من غيره .

وتحرم المسألة على الغني وإن حلت له الصدقة ، إلا لمن تحمل حمالة . . فتحل .

وإن قال : تصدقت عليك بالمال الذي لي عليك . . صح وكان إبراء بلفظ الصدقة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾ ، وقوله : ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ ﴾ ، والمراد في الآيتين : الإبراء .

وروي عن ابن عباس : (من أهديت إليه هدية وعنده ناس . . فهم شركاؤه فيها)[1] وروي مرفوعاً ، والموقوف أصح ، وبه قال أبو يوسف في المأكول ونحوه .

وفي الحديث الصحيح : « ما أتاك من هـٰذا المال من غير سؤال واستشراف . . فخذه »[2] فلذلك قال ابن حزم بوجوبه .

وقال في « الإحياء » : لو طلب إنسان من غيره أن يهبه مالاً في ملأ من الناس فاستحيىٰ منه فأعطاه ولو كان في خلوة ما أعطاه . . لم يحل ذلك للموهوب له كالمصادر ؛ لأن سياط القلب آلم من سياط البدن ، قال : وكذا كل من وهب له شيئاً لاتقاء شره أو سعايته[3] .

أرسل كتاباً إلىٰ غائب أو حاضر . . قال المتولي : هو هدية يملكه المكتوب إليه ، وصححه المصنف ، وقال آخرون : يبقىٰ علىٰ ملك الكاتب وللمكتوب إليه الانتفاع به علىٰ وجه الإباحة ، فلو كتب إليه أن اكتب الجواب علىٰ ظهره . . لم يملكه وعليه رده ، ولم يملك التصرف فيه قطعاً .

(١) أخرجه البيهقي (٦/١٨٣) ، والطبراني في « الأوسط » (٢٤٧١) ، وعبد بن حميد (٧٠٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٧١٦٤) ، ومسلم (١٠٤٥) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

ويكره للإنسان أن يشتري ما وهبه من غيره .

ولو دفع إليه ثوباً بنية الصدقة فأخذه المدفوع إليه ظاناً أنه عارية أو وديعة فرده على الدافع. . لا يحل للدافع قبضه ؛ لخروجه عن ملكه اعتباراً بنيته ، فإن قبضه. . لزمه دفعه إلى المدفوع إليه .

ولو وهب وأقبض ومات فادعى الوارث كون ذلك في المرض وادعى المتهب كونه في الصحة. . فالمختار : أن القول قول المتهب[(١)] .

فائدة :

روى البزار في « مسنده » [١٤١٣] والدارقطني[(٢)] في أكبر معاجمه والبيهقي في « شعبه » [٦٠٥٢] عن عمار بن ياسر : (كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يأكل من هدية حتىٰ يأمر صاحبها أن يأكل منها ؛ للشاة التي أهديت له بخيبر مسمومة) ورواه أبو القاسم بن عساكر في « تاريخه » [١٤٨/٢٢] كذلك في ترجمة مسلم بن قتيبة ، وهو أصل لما يفعله الملوك والأمراء في ذلك ، ويلتحق بهم من في معناهم ، وقد استشكل هٰذا الحديث بقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ ﴾ .

وأجيب عنه بوجهين :

أحدهما : أنه كان قبل نزول الآية .

والثاني : أن العصمة لا تنافي تعاطيه لأسبابها ، كما أن إخباره تعالىٰ أن يظهره على الدين كله لا ينافي جهاده وأمره بالقتال ، فمن تمام التوكل سلوك الأسباب والاعتماد علىٰ رب الأرباب .

* * *

(١) في هامش (ك) : (فإن أقاما بينتين. . قدمت بينة الوارث) ورمز له بالصحة .

(٢) كذا في النسخ ، وصوابه : الطبراني في «الكبير» كما في « المجمع » (٥/ ٢٤) ، والله أعلم .

خاتمة في بر الوالدين وصلة الأرحام والوفاء بالوعد

فأما بر الوالدين . . فمأمور به ، وعقوق كل منهما كبيرة ، وبرهما هو الإحسان إليهما ، وفعل الجميل معهما ، وفعل ما يسرهما مما ليس منهياً عنه شرعاً ، ويدخل فيه الإحسان إلىٰ صديقهما ، ففي « صحيح مسلم » [٢٥٥٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أبر البر أن يصل الرجل أهل ود أبيه » .

وأما عقوقهما . . فهو كل فعل يتأذىٰ به الوالد تأذياً ليس بالهيِّن مع أنه ليس بواجب ، وقيل : تجب طاعتهما في كل ما ليس بحرام ، وتوقف الشيخ عز الدين في ضابط العقوق .

قال الغزالي : وإذا كان في مال أحد أبويه شبهة ودعاه للأكل منه . . فليتلطف في الامتناع ، فإن عجز . . فليأكل ، وليقلل بتصغير اللقمة وتطويل المضغة ، قال : وكذلك إذا ألبسه ثوباً من شبهة وكان يتأذىٰ برده . . فليقبله ، وليلبسه بين يديه وينزعه إذا غاب ، ويجتهد أن لا يصلي فيه إلا بحضرته(١) .

وأما صلة الرحم . . فمندوب إليها ، وهي : فعلك مع قريبك ما تعد به واصلاً غير منافر ومقاطع له ، ويحصل ذلك تارة بالمال ، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته ، وفي حق الغائب بنحو هـٰذا وبالمكاتبة وإرسال السلام إليه ونحو ذلك مما يسمىٰ في العرف صلة .

وأما الوفاء بالوعد . . فمستحب في الهبة وغيرها استحباباً مؤكداً ، ويكره إخلافه كراهة تنزيه لا تحريم ؛ لأنه هبة لا تلزم إلا بالقبض .

قال الغزالي : وإخلاف الوعد إنما يكون كذباً إذا لم يكن في عزمه حين الوعد

---

(١) في هامش (ك) : (روى البيهقي في « الشعب » [٧٩٢٥] : أن عمر رأىٰ في الطواف أعرابياً يحمل أمه ويطوف بها وهو يقول [من الرجز] :

أنـــا لهـــا مطيـــة لا أنفـــر　　إذا الـــركـــاب ذعـــرت لا أذعـــر
مـــا حملـــت وأرضعتنـــي أكثـــر　　الله ربـــي ذو الجـــلال أكبـــر) .

. . . .

الوفاء به ، أما لو كان عازماً عليه ثم بدا له فليس بكذب ، ويستحب أن يعقب الوعد وغيره من الأخبار المستقبلة بقوله : إن شاء الله ؛ ليخرج عن صورة الكذب .

* * *

فهرس الكتاب

* * *